جامعة الجزائر

معهد الحقوق

عقود الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن

رسالة للحصول على درجة الماجستير في قانون

العقود والمسؤولية

للطالب: لعشب محفوظ بن حامد

لجنة المناقشة والحكم:

الأستاذ الدكتور محمد حسنين مشرفا

رئيسا

عضوا

مقدمــــــــــة

ان تطور العقود على مر العصور هو ثمرة للتطور الاقتصادى والاجتماعي والثقافي والمادى ، وان بلادنا التي تشهد نموا اقتصاديا وثقافيا واجتماعيا ملحوظا ، ايدفعنا الى مناقشة موضوع من أهم المواضيع التي تفرضها الحياة المعاصرة .

وهذا الموضوع هو عقد الاذعان في القانون المدني الجزائرى والمقارن ، وهو من صميم الدراسات التي يجب بحثها بعناية كبيرة ، لأنه وان كان يرتبط بدراسة العقد وأنواعه بصفة عامة الا أن له وضعا خاصا بالنسبة للنظرية العامة للعقد .

فضلا عن أنه لم يستقر فيه الفقه على رأي ، ولا يزال محل نزاع بين فقهاء القانون العام والخاص ، ولم يرس أحدهم على تكييف لطبيعته القانونية دون انتقاد .

وانطلاقا من أن العقد يجب أن يعرف تعريفا جامعا مانعا ، ومن خلال تفحصنا الدراسات التي اعتمدها الفقهاء فإننا وجدنا عدة تساؤلات قد طرحت نفسها حول تكوين هذا العقد ومحتواه التعاقدى .

وهذا قد دفعنا أيضا الى التساؤل عما اذا كان الاذعان عقدا من العقود ذا طبيعة قانونية وخصائص متميزة عن بقية العقود الأخرى أم هو مجرد صفة أو طريقة دفعت هؤلاء الدارسين الى أن جمعوا مجموعة من العقود ذات الخصائص المشتركة أو تلك التي تتشابه من حيث تكوينها ، وصاغوها على أنها عقود اذعان ؟

واذا كان دور الإرادة أساسيا في تكوين العقود كما نعرف طبقا لمبدأ سلطان الارادة ، فإن تلك الارادة نجدها تتناقص أو تفقد توازنها في هذه الفئة من العقود .

.../...

واذا كان المعروف أن عقود الادارة " les contrats administratifs "
هي عقود امتياز كعقد التزام المرافق العامة " La concession des services publics"
خاصة تلك التي تجريها بصفتها سلطة عامة " pouvoir public " فاننا
نجد أن بعض المنشآت والموسسات الخاصة التي تودى خدمات عامة قد ارتقت
عقودها الى مستوى الامتياز الذى تتمتع به العقود الادارية من خلال ادراجها
لبعض الشروط غير المألوفة كتوقيع بعض الجزاءات على العامل الذى خالف النظام
القانوني المصنع ،باضافة عن أننا نجد في بعض التصرفات التي تجريها الدولة
نفسها في نطاق القانون الدولي العام ،كالانضمام للمعاهدات قد تتقلص فيها
ارادتها، وتصبح في مركز الطرف المذعن في العقود المدنية ،اذ أن الانضمام
دون مناقشة أو تعديل بنود المعاهدة هو اضعاف لإمكانية لا ارادتها واستسلام
وخضوع لشروط موسسيها .

وعليه فان تصورنا للبحث في هذا الموضوع وان كان يتسع الى هذا
النطاق فان تحديده بالقانون المدني الجزائرى المقارن ،يجعلنا نبتعد
عن معالجته على المستوى الدولي الا بذالكم القدر الذى نراه ضروريا
لخدمة موضوعنا .

وعليه فاننا سنقسم دراستنا وفقا للمنهج المتبع في دراسة العقود
في القانون المدني فنتعرض في الباب الأول الى نشأة عقد الاذعان
وطبيعته القانونية ،وفي الباب الثاني الى تكوين عقد الاذعان واثباته ،
وفي الباب الثالث الى أحكام عقد الاذعان وانقضائه .

وسنحاول استخلاص بعض الملاحظات التي نرى فيها أنها
أساسية ونوردها في موضعها .

الباب الاول :

نشأة عقد الاذعان وطبيعته القانونية.

نتناول في هذا الباب نشأة عقد الاذعان وتأثير مراحل التنمية عليه في فصل أول ، وفي فصل ثان نتعرض الى بحث الطبيعة القانونية لهذا العقد .

الفصل الأول : نشأة عقد الاذعان وتأثير مراحل التنمية عليه .

نقسم هذا الفصل الى ثلاث مباحث نتناول في المبحث الاول نشأة عقد الاذعان وفي الثاني تأثير مراحل التنمية عليه ، وفي المبحث الثالث نحاول استخلاص تعريف محدد لهذا العقد .

المبحث الاول : نشأة عقد الاذعان .

نشأ عقد الاذعان نتيجة التطور الاقتصادي الحديث الذي اتجه نحو اسلوب الانتاج الكبير ، وما استتبع ذلك من قيام شركات ضخمة ومؤسسات تتمتع باحتكار قانوني أو فعلي لسلعة أو خدمة تعتبر من الضرورات الاولية للمستهلك ، بحيث استطاعت تلك الوحدات الانتاجية القوية نتيجة لسلطتها الاحتكارية أن تملي ارادتها وشروطها المعدة مسبقا على الراغبين في التعاقد معها ، دون أن يملكوا مناقشة هذه الشروط ، فليس أمامهم سوى الاذعان للطرف المحتكر، والاستسلام لشروطه .

هذا ، وان مشكلة عقد الاذعان ترجع في الواقع الى مفهوم العقد الموروث عن بوتييه " pothier " — شارح القانون الفرنسي القديم — الذي استوحاه القانون المدني على أن الانسان في الاصل لا تقيده أي رابطة قانونية فهو حر في أن يتعاقد أو أن يقبل ما شاء من الشروط التي يتضمنها العقد .

.../...

وبالتالي فان التوافق الوحيد للارادات هو العقد ، واتفاق ارادتين أو العديد من الارادات يكوّن العقد الذى هو مصدر الحقوقيين الاشخاص وعليه يكون أسمى من القانون الذى يمثل الارادة العامـــــة .

وهذه المقابلة بين العقد المتبنى في المذهب الفردى والقانون الذى تبناه الفكر الاجتماعي قد دامت طويلا خلال القرن التاسع عشر وأساسها أن العقد يضعف عندما يزداد تدخل الدولــــة .

ومن ناحية أخرى فإن ارتقاء التعاقد يتلاءم مع البحث عن تدبير يجعـــل من العقد الصورة المستدامة البديلة عن القانـــون .

وأن نمو الفن التعاقدى يتلاءم مع الرغبة في أن يحل محل القانــــون " المفروض" قانون " تفاوضـي " (1) لكن شريطة أن يكون ذلك التفاوض مبنيا علـى حسن النية ،و يحقق رغبة الاطراف مع مراعاة المصلحة العامة التي ينشدها القانون،و من هنا كان قانونا تفاوضيا .

إن هذه المواجهــة ــ (أي من جهة المفاوضة في العقد ، وعدم التفاوض في القـــانون) ـــ الثابتة بين العقد والقانون تؤدى بنا الى استخلاص نظرية جزئية للعقد ، وهو اعتباره بذلك كمصدر الالتزام يتمشى مع حرية الارادة باعتباره شريعة المتعاقديـــــن .

غير أنــه يمكن القول بأن تحولات المجتمع في أواخـر القرن التاسـع عشر قد انشأت ظواهر جديدة حدت من مبدأ سلطان الارادة،وانقصت من ارادة الطرف الضعيف في تحديد محتوى العقد ،وبذلك تولد عقد الاذعان حتمــا .

جاكمــان و تشارنس، القانون الاقتصادى (1970) ص. 38.

- Jacqueman, et Schrans, le droit economique (1970) p. 38.

كتاب . عقد الاذعان ، اجورج برلبوز ط 1973 بباريس،ص8.

" Le developpement de la technique contractuelle correspond au desir de remplacer un droit " imposé " par un droit " négocié".

وبعبارة أخرى فان الحرية الاقتصادية أدت الى الحد من حرية التعاقد فكان من بين نتائجها عقد الاذعـــان .

غير أن اجتهاد الفقه خلال النصف الاول من القرن العشرين ، ومن أجل ايجاد حلول ملائمة لحماية الطرف الضعيف وتوجيه القضاء الى تلك الحلـــول قد انعكس على التشريـــع .

وعندئذ تحول الضعف التعاقدي الذي يعانيه الفرد — أعني الطـــرف الضعيف في مواجهة الطرف القوي — الى ضعف تعاقدي متولد عـن التدخـــلات التشريعيـــة من أجل حماية الطرف الضعيف .

وقد نادى الفقه أيضا بالحماية الاجتماعية للمتعاقد الضعيف عن طريـــق اقامة التوازن العقدي ، وباستبعـــاد تطبيق مبدأ سلطان الارادة على عقد الاذعـــان كما ذهب الى ذلك صاحب هذه الفكرة الاستاذ سالـــي " saleilles " .(2)

ومن ثم شهد تحولا جديدا في مستوى العلاقات والروابط التعاقديـة .

فهذا التعبير بمصطلح عقد الاذعان "contrat d'adhesion" الذي اقتـرح في بداية القرن من لدن سالي كان موضوع دراسات فقهية خاصة في فرنسا ، ومن ثم أثرى " عقد الاذعـان " ولاسيمـا من جانب أولئك الذين أنكروا أن يكون من طبيعة قانونيـة خاصــــة .

وتضاعف توسع عقد الاذعان ، وأضحى التفاوض لا يمثل الا خطـــوة سابقة على تكوين العقـــــد .

وامتدت تلك الفكرة النابعة من فرنسا لتأخذ بها بلدان أخرى خاصـــة المتبعة المذهب الفردي بعد أن أصّلتها كل من الفقه والقضاء فالفقه قد خصـص

---

(2) انظر في هذا المعنى : جورج برليوز ، في مؤلفه عقد الاذعان باريس ط 1973 ص 9 بند 6

- Georges Berlioz. Le contrat d'adhesion . Paris 1973. p 9.

والمراجع التي اشار اليها في هامش ص 9 وهي :

- Fortier, des pouvoirs du juge en matiere de contrats d'adhesion.
- These Dijon 1909, pichon les contrats d'adhesion, these lyon 1913
Dolat, les contrats d'adhesion, these, Paris 1915

دراسات طويلة لهذا العقد، وكذا القضاء عني بحل المشاكل التي يفرضها هذا العقد.[3]

ولم يكن صحيحا أن المحاكم الفرنسية قد أبت التفرقة بين عقد الاذعان وغيره من العقود، فالقضاء الفرنسي قد استعمل مصطلح عقد الاذعان واتخذ موقفا عاما بشأنه (وسوف نتعرض الى موقف القضاء في كل من فرنسا ومصر في حينه).

يظهر اذا من المفيد بعد تأصيلنا لهذا العقد تاريخيا أن نذكر بأنه على الرغم من بعض المواقف التشريعية التي نراها تمنع أسباب الاذعان بطريقة غير مباشرة، كحماية الطرف الضعيف في العقد بصفة عامة، وترتب البطلان على العقد للغبن أو الاكراه، وكمنع التعسف في استعمال الحق، فان المشرع نفسه ظل يدافع عن مفهوم ومضمون الفكرة التعاقدية، وكذا الفقه المدني على الخصوص، معتقدا بذلك أنه يؤدي خدمة لاتمام القانون المدني .

هذا بالاضافة الى تقوية جانب الارادة المنفردة التي يرى فيها البعض أنها أساس مشروع " projet " هذا العقد يعد انتصارا وارتقاء للعقد وأن ما وصل اليه الافراد من قوى اقتصادية قد جعلتهم في مركز المفاوض تجاه الدولة نفسها .

ثم ان ظهور الجماعات الضاغطة كالاتحادات المهنية والنقابات بقواها التنظيمية الواعية قد جعلتها تقف موقفا معادلا سواء لأرباب الاعمال أو الدولة، اذ أضحت بقراراتها تتقاسم معها قوتها الاقتصادية ، وتستطيع أن تفرض هذه النقابات عقودا نموذجية يتم على أساسها التعاقد.[4]

---

(3) انظر في هذا المعنى رسالة برليوز ، المرجع السابق ص10 .

(4) — انظر في هذا المعنى ، وبل وتيرى ، القانون المدني ، الالتزامات ط 1975 ص104

- Alexweill. Françcis Terré. Droit civil, les obligations 2ème Edition 1975 Imprimerie Berger - le vanet, Nancy. p 104.

ان ذلك التصور يبدو أكثر انطباقا على البلدان الرأسمالية، أما البلدان الاشتراكية فان الاذعان فيها أكثر انتشارا اذ يكاد يمس كل العقود، وذلك مرجعه الى تركز الاحتكار لدى شركات أو مؤسسات عامة تابعة الدولة وهذا يمكنها من فرض شروطها دون ان تعترضها أية مناقشة من الطرف المنضم (المذعن)، و تبقى المسألة اذا مطروحة فيما يخص نوع الشروط، وحسب رأينا فان الاذعان لتلك الشروط يكون موافقا للمصلحة العامة التي هي فوق كل اعتبار .

و على كل فإنه على الرغم مما تهدف اليه تلك المؤسسات العامة أو الشركات من بناء الاقتصاد الوطني لارتباطها بخطة التنمية الشاملة فإنها تبقى دائما ذات امتياز على الافراد بواسطة ما يسمى" بالعقود الادارية " .

و قد عرف مجلس الدولة الفرنسي العقد الاداري بأنه " ذلك الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الادارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطا استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص، أو أن يخول المتعاقد مع الادارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام . (5)

و أهم هذه العقود هي عقد الاشغال العامة، وعقد التوريد .. الخ (6)
و سوف نتعرض الى الفرق بينها وبين عقود الاذعان عند دراستنا لطبيعة عقد الاذعان .

و لذا فإنه من المناسب جعل دراسة منهجية لعقد الاذعان الذى يحظى بنظام خاص، و تحديد مفهوم له يستجيب الى حقيقة الحياة الاقتصادية و الاجتماعية وذلك بعد دراسة مختلف العناصر التي ساعدت على نشأته .

---

(5) — د . سليمان محمد الطماوى، الاسس العامة للعقود الادارية (دراسة مقارنة) الطبعة الثالثة 1975 ص 50 — دار الفكر العربي .

(6) — أنظر تعريف هذه العقود في دى لوبادير في مؤلفه، بحث في القانون الادارى الطبعة السادسة 1973 ص 331 — 332 .

- André de laubadère. Traité de droit administratif. 1973. P. 331 et 332.

المبحث الثاني : عوامل التنمية المؤثرة على نشأة عقد الاذعان .

نلقي نظرة في هذا المبحث على مراحل التنمية الاقتصادية و القانونية والاجتماعية التي أثرت على تطور عقد الاذعان و ذلك من خلال دراستنا للعناصر التالية :

- العوامل الاقتصادية .
- العوامل القانونية .
- العوامل الاجتماعية .
- العوامل المادية .

و نتعرض في المطلب الاول الى العوامل الاقتصادية و القانونية ، وفي المطلب الثاني الى العوامل الاجتماعية و المادية .

المطلب الاول : العوامل الاقتصادية و القانونية .

أولا : العوامل الاقتصادية .

لقد أصبحت العقود ما بين القرن السادس عشر و التاسع عشر أداة قانونية مرنة تمكن من ضمان أمن المبادلات في اقتصاد الصفقات (7) :

و بعبارة أخرى فان الجانب الاقتصادي أصبح يشكل القاعدة الاساسية التي تحكم العقود ، كما أن العقد يكون مع ملكية الدولة اطارا للانتاج والمبادلات (8).

لقد كان الاستقرار الموضوعي لنية التعاقد هو الرابطة القانونية ، و التأكد من العلاقة القانونية يؤدي الى ضمان حماية المتعاقدين ضد القرارات الارتجالية ، و الخضوع الى عدالة موزعة بالتساوى ، ذلك لأنه يصعب تقديرها ، لذا فإنه يجب احترام الالتزامات المتولدة عن العقد كي يكون أداة لتصرف عقلاني .

---

(7) — جورج برليوز ، المرجع السابق ص 14 .

(8)

- Peroux : Le capitalisme . Paris 1962 . P 27.

" Le contrat est avec, la propriété et l'Etat le cadre de la production et des echanges " اشار اليه برليوز في ص 14 ، على الهامش ، من المرجع السابق .

وهذا الاحترام يجب أن يسود فكرة العقد سواء أثناء نشوئه أو عند تنفيذه .

وقد أفرغ القانون المدني الفرنسي من العقد كل العلاقات الاقتصادية ، وبعبارة أخرى فإن هذا القانون قد استبعد التأثير الاقتصادي للعقد ، وهذا التصور كان يتلاءم مع الحقائق الاقتصادية التي كانت سائدة في ذلك العصر ، لأنه لا توجد رؤوس أموال كبيرة فالتجارة والصناعة كانت تمارس في اطار تقليدي عائلي والزبناء قلة ، والمنتج على معرفة شخصية بالمستهلكين ، وبامكانه أن يدخل في حوار مباشر على مستوى السوق المحلي مع أولئك المتعاقدين . وبعملية حسابية بسيطة وباحصاء الصفقات يمكن ملاحظة سريان قانون العرض والطلب .

أما على المستوى الاجتماعي فلا توجد سوى فروق بسيطة بين أرباب العمل الصغار ، واليد العاملة البسيطة .

وقد ساعدت الرأسمالية الصناعية على ظهور عقد الاذعان بتوسيع الفارق الاقتصادي اعتمادا على نظرية الحرية الاقتصادية والفردية التي جعلت من العقد مصدرا للحق دون منازع .

ان التصنيع يشهد قوى وفوارق جد متضاعفة ، وقد تجاوزت الوحدات وأنماط الانتاج قوى الفرد الذي أضحت جهوده غير كافية للسيطرة على الانتاج في سلمه الأكبر .(9)

ان التنمية الصناعية التي قادتها الرأسمالية قد سيطرت على الافراد وجعلتهم يتقبلون شروطا مجحفة ، فالعامل ينزل الى سوق العمل فيجد أمامه كل يوم شروطا جديدة وفقا لقانون العرض والطلب ، وتلك الاوضاع الجديدة قد

- Freidman, law in a changing society. londres 1959. P. 101. CF. weill. droit civil, les biens 1971. T.II. 1 er vol . n° 4.

(9) — انظر في هذا المعنى . فريدمان ، القانون والتحول الاجتماعي . لندن 1959 ص101 أشار اليه اليكس ويل في — القانون المدني — الاموال ، 1971 الجزء الثاني ، الحجم الاول رقم 4 .

خولت لأرباب الاعمال أن يملوا شروطهم على العمال، وبالتالي فإن التحولات الاقتصادية تكون هي السبب في اختلال التوازن بين القوى التعاقدية وتحد بالتالي من "قوة" "المفاوضة".

وعدم المساواة الصارخة تلك، بين المتعاقدين قد حولت طبيعة دور العقد، فبدل أن يكون وسيلة التفاوض والتشاور الذي يحقق مصلحة المتعاقدين أضحى نظاما قانونيا تمليه ارادة منفردة ترغب في تحقيق مصالح أنانية، كما أصبح وسيلة لتسيير المنشأت الاقتصادية بانشاء التزامات تعاقدية متنوعة، ومن هنا كان عقدا مفروضا بعوامل اقتصادية.(10)

وهكذا فإن التوسع الرأسمالي الامريكي مثلا، الذي تجاوز حدوده الوطنية عن طريق الشركات المتعددة الجنسية قد أثر على العقود الدولية سواء تلك العقود التجارية التي تجري ما بين الافراد الذين ينتمون الى دول مختلفة حيث تنقل السلعة من دولة الى أخرى، أو على علاقات العمل بين العمال وأرباب الأعمال بتحديد أجور تتلاءم والزيادة في تراكم رأس المال، وبالتالي تحقيق مصلحة بلد الشركة الأم.

ولذلك يقول الاقتصادي الامريكي ريتشارد ووف:" يجب أن تتوسع بنوك الولايات المتحدة في الخارج، وتوفر وسائل قوية كي تؤثر على استثمارات رؤوس أموال الوحدات الاقتصادية في البلدان الضعيفة لتجعلها تتلاءم مع الاحتياجات العامة لنمو الولايات المتحدة الامريكية ".(11)

---

(10) — برليوز المرجع السابق ص20.

- " le contrat d'adhesion en tant que mode de conclusion est imposé par des facteurs économique " .

(11) كريستيان بالوا . الاقتصاد العالمي الرأسمالي والشركات المتعددة الجنسية، مطبعة فرانسوا ماسبيرو . باريس . 1975 . الجزء الثاني . 125، تحت اشراف شارل باتلهايم وبمساعدة جاك شاريير.

- Christian palloix. l'economie mondiale capitaliste et les firmes multinationales. E François maspero. Paris 1975. T.2. P. 125. sous la direction de charles bettelheim avec la collaboration de jaquess charriere.

إن العقود التي تجريها هذه الشركات، أو ذلك التعامل وبذلك العروض التي تقدمها البنوك، تدرج شروطا تحقق بها مصلحتها الاقتصادية لذا يقول عبد الفتاح عبد الباقي عن عقد الاذعان: "... هي عقود كثيرة الشيوع وتزداد يوما بعد يوم نتيجة تطور الوضع الاقتصادي الذي أخذ يؤدي الى نشأة هيئات أو شركات أو أشخاص يتحكمون في الجمهور بسلطتهم على السلع والخدمات التي لا يستطيع عنها غناء " (12).

ومن هنا أضحت عقود الاذعان مصدرا للحقوق، والاطار القانوني للعلاقات بين المنشآت وزبائنها، وهي من خلق الظروف الاقتصادية فقد أملت تلك الظروف على الموجب صاحب الاحتكار القانوني أو الفعلي أن يحدد الالتزامات التبادلية، ويضع شروطا عامة ومجردة يقدر فيها وضع منشآته من جهة ووضع المتعاقد من جهة أخرى، ومن ثم أصبح عقد الاذعان يتعدى نطاق العلاقات الفردية ليعطيها طابع المصلحة العامة.

وبشكل بذلك فئة قانونية مستقلة وذات نظام خاص، فعقد الاذعان ليس الا تصرفا متميزا يقابل ويواجه عقود المساومة، فهو وان أنشأ التزامات متبادلة ما بين أطرافه الا أنه ذو فائدة عامة وأداة للقانون الاقتصادي الذي يمكن المنشآت التي تتعاقد مع الجمهور من أداء وظيفتها.

ومصطلح القانون الاقتصادي " droit économique " هو تعبير حديث يعني به أن القانون ذو علاقة جدلية مع الاقتصاد، فهو يؤثر فيه ويتأثر به وهما يهدفان الى بناء المجتمع الانساني (13).

(12) — د. عبد الفتاح عبد الباقي. دروس في مصادر الالتزام — نظرية العقد، بند 51.

(13) — برتالي. علم الاقتصاد والعمل. دراسة أعدت لجامعة قرونوبل، سنة 1975، ص44.

- H. Barteli, science Economique et travail. Trav. de l'université de grenoble, 1975.P.

" Ni l'économie ne doit absorber le droit, ni le droit pretendre reconstruire l'économie à son image. Economie et droit doivent ensemble à l'établissement de la communauté des hommes "

فالقانون الاقتصادي محوره العقود التي تجريها المنشآت الاقتصادية بحكم تطورها في مجتمع حديث يجهل فيها صاحب المنشأة من سيتقدم للتعاقد معه ومدى امكانياته، ومن ثم فهو يوجه ايجابا عاما متماثلا يكون في خدمة الجمهور وفقا لحساب الاحتمالات .

ثانيا : العوامل القانونية :

كان العقد المبني على حرية التعاقد يعاني صعوبات كبيرة متولدة عن الانماط المختلفة للتطور الصناعي ، تستلزم توافق العقد معها ولم تكن بعض الاسباب الاجنبية كالاضرابات وصعوبات النقل بالضرورة تشكل قوة قاهرة بالنسبة للعقود تحت ظل الفقه التقليدي ، وفوق ذلك كان من المرغوب فيه استبعاد المسؤولية الناتجة عن التأخير في التنفيذ .

وفضلا عن ذلك فان التطور الآلي واتساع المواد المصنعة ومخلفاتها الخطرة قد أدت الى اتساع مسؤولية المؤسسات سواء كانت صناعية أو مؤدية لخدمات (14).

ان تدهور الحرية التعاقدية بشكل ملحوظ يفسّر في الضغط على هذه الحرية من طرف التشريع وذلك كمنعه لشروط معينة أو ادخال شروط الزامية وترتيب الآثار على مخالفتها .

---

(14) — كوليار — الآلة والقانون الخاص، دراسة اربير تحت عنوان ، القانون الخاص الفرنسي في وسط القرن العشرين . 1950 ، الجزء الاول ص115.

- Colliard, la machine et le droit privé, Etudes ripert le droit privé fraçais au milie du 20 ème siecle T.1. P. 115.

أو ربط فعالية العقد بموافقة الادارة ،أو الزامية التعاقد في أحوال أخرى.(15)

كما أن حرية التعاقد قد حافظ القضاء على هويتها ، فالمحاكم تحت تأثير مبدأ سلطان الارادة ، كانت تقاوم في حقيقة الامر الجهود التشريعية من أجل الحماية الاجتماعية .

وقليل هم القضاة الذين عرفوا ما تنطوي عليه هذه الحرية من امتيازات يختفي اصحابها وراء ذلك المبدأ .

أما في العقود الموجهة التي هي ثمرة التدخلات التشريعية فإنها تتماشى مع عقد الاذعان الذي يعتبر وليد الحرية القانونية.(16)

---

(15) — ديرون . الجزاء القانوني في تكوين الرابطة العقدية ،المجلة ربع السنوية للقانون المدني 1944 . ص73 .

- Durant, la contrainte légale dans la formation du rapport contractuel. R.T.D.C. 1944

يقول هذا الفقيه عن الزامية التعاقد :

" La contrainte étatique y preside souvent, se manifestant soit dans la création du rapp juridique soit dans le premier cas, l'Etat impose aux parties l'obligation de passer u contrat, par exemple s'elle de s'assurer. Il existe une obligation légale de contracte Le régime du rapport juridique ne presente alors qu'une anomalie, la seule originalité tient aux conditions dans lesquelles le consentement est donné ."

(16) — د . مجدي صبحي خليل ،التوجه الاقتصادي والعقود دراسة قانونية مقارنة — فرنسا — مصر — الاتحاد السوفيتي . باريس 1967 ص3 . المكتبة العامة للقانون والقضاء تحت اشراف هنري سوليس .

- madjdi Sobhy Khalil.

Le dirigisme economique et les contrats. Etudes de droit comparé France - Egypte- U.R Paris libreirie de droit et de jurisprudence. 1967. P. 3

وقد تلقت بعض العقود سواء كانت عامة أو خاصة فائدة عقد الاذعان كوسيلة فعالة لاعداد ظروف نشاطها ولخلق قانون مستقل للاقتصاد .

فعقد التأمين على المخاطر البحرية ترجع شروطه الى الطرف القوي الذي هو على علم بالخسائر المحتملة، فيحدد الخطر وبالتالي يحدد الشروط التي تجعل من عقده وسيلة فعالة لحماية مصالحه .

كما أن عدم وجود نصوص قانونية تواجه تلك الظواهر خاصة في التقنين المدني والتجارى كان سببا في أن يخلق الطرف القوي شروطا تخرج عن نطاق هذين القانونين، وكانت تلك مساهمة أو عاملا من العوامل التي أدت الى نشوء عقد الاذعان .

وكذا فإن تنمية ونشوء بعض المبادىء القانونية كمبدأ المساواة أمام المرفق العام والموجه أساسا الى تفادي التفرقة ما بين القوى، قد جعل بعض العقود غير قابلة للمناقشة . (17)

كما أن تنمية الحركية القانونية " Mecanisme juridique " التي تؤدي الى تطوير أسلوبها قد كان من نتائجها الخضوع الى بعض الشروط الموحدة التي لا غنى عنها في طبيعة بعض العقود .

ويرى برليوز أنه " اذا كانت التحولات الاقتصادية قد ولدت عدم التوازن في العقد فإن الوسائل والنظريات القانونية قد

---

(17) — Devolvé, le principe d'egalité devant les charges publiques 1969 · V. Berlioz de contrat d'adhesion · p. 23.

— ديفولفي — مبدأ المساواة أمام الاعباء العامة 1969.

اشار اليه برليوز — المرجع السابق ص23 في الهامش .

في نفس المعنى — راجع لوبادير المرجع السابق الطبعة الخامسة 1970 ص582 .

خلقت عقود الاذعان ، و هذا التحول لا يرجع الى طبيعة أطرافه (18) ولا الى طبيعة محله و انما الى طبيعة العقد ذاته . (19)

فعقد الاذعان يقابل و يواجه عقود المطرسة ، هذه الاخيرة التي وان كانت مبنية على اقتران الارادات الحقيقية بين الموجب و القابل الا أنها ذات فائدة خاصة و لا تتعدى كونها عمليات عابرة و محددة بالنظر لآثارها . فهي تنشئ حقوقا شخصية ذاتية .

و على العكس من ذلك فإن عقود الاذعان تتميز بكونها عامة ومجردة ودائمة أشبه الى حد كبير بالنظام القانوني " Institution " وبالتالي فان آثارها أكثر توسعا اذ أنها تكاد تمس الكافة لذا فهي عملية موضوعية صرفة تذوب فيها الارادة الفردية و تفقد أهميتها في حين تتجه التدخلات التشريعية الى حماية المصلحة العامة .

وكذا فان دور القضاء يأخذ نفس منهج التشريع حتى في غياب هذا الاخير .

و سنبين موقف كل من الفقه و القضاء في مصر تحت ظل غياب تشريع

---

(18) — مسنكر ، تأثير القانون الضريبي على تحرير العقود في المانيا الاتحادية .
- G. Misner. l'influence du droit fiscal sur la redaction des contrats en R.F.A. Gaz. pal. Dec. 1972.

" ... l'utilisation des conditions uniforme permet une rationalisation du calcul, des coûts qui en rend la preuve plus facile d'ou l'opinion que les contrats sont fiscalement avantageux. "

(19) — برليوز . المرجع السابق ص 24 اذ يقول :
- " En effet si les transformations de l'économie ont crée des contrats dont le caractère d'adhesion resulte du désiquilibre des forces en presence ou de la nature des échanges, les moyens et les théories juridiques qui se sont developpés dans le contexte creant des contrats d'adhesion non par la nature des parties ou de l'objet du contrat, mais par la nature des contrats lui même."

لعقد الاذعان ثم نوضح موقف المشرع المصري الذي خصص مواد لهذا العقد ،وبذلك يعتبر أول تشريع قنن و نظم عقد الاذعان ،كما سنتعرض الى المبادئ الاساسية التي قررتها محكمة النقض المصرية ،وكذا موقف القضاء والفقه الفرنسي الذى لم يدرج تشريعه الى يومنا هذا في القانون المدني ما يفرق بين عقد الاذعان و بقية العقود الاخرى ، على الرغم من الرسائل العديدة والاحكام القضائية الكثيرة التي أصدرتها مختلف درجات التقاضي في هذا البلد ، ولقد فعل مشرعنا حسنا عندما اتبع التشريع المصرى و أوجد نصوصا خاصة بعقد الاذعان .

المطلب الثاني : العوامل الاجتماعية والمادية .

أولا : العوامل الاجتماعية :

الانسان مدني بطبعه ،فالمجتمع ووحدة النمط في الحياة المعاصرة قد جعلا من عقد الاذعان النوع المقنن والمنظم لهذه الحياة الاجتماعية ،والمثال النموذجي في هذا المجال هو نظام الملكية المشتركة " co-propriété" الذى ينظم التعايش داخل هذا التنظيم الافقي . فالشريك المذعن ليس له من الناحية التطبيقية أية مناقشة لذلك القانون المركب المعد من طرف المؤسسين خاصة اذا كان وصوله متأخرا عن هذا البناء .

وحتى أن الفرد المعاصر من وجهة النظر النفسية أصبح يهرب من الوحدة ،ويلجأ الى التجمعات وينضم اليها حتى بمناسبة نزهته وفي قضاء عطلته .

فهذه التحولات تولد بنفسها تغييرا في عقلية الافراد وتدفعهم الى البحث عن عقود الانضمام " أي الاذعان" .

فالانسان المعاصر أصبح يخشى وحدته ،ولا يشعر بالراحة الا مع الجماعة ،فهو يبحث عن الامن بالبعد عن تفريد معاملاته وعن التفرقة

.../...

بينه وبين الجماعة ، فيلجأ غالبا في عقوده العامة الى الموثق الذي هو كاتب الجماعة و يخضع له ، وكأن العقود الموثقة أصبحت عقود اذعان .(20)

كما أن الانسان المعاصر يعيش في قلق دائم بسبب الاخطار الكثيرة التي يتعرض لها ، والتي يترتب عليها بجانب الاضرار المعنوية خسائر مالية قد تكون من الضآلة بحيث لا يأبه لها ، وقد تكون من الكبر بحيث يحاول تفاديها أو منع وقوعها أو تخفيف عبئها على الأقل . و تشترك أنواع الاخطار التي يتعرض لها الانسان في صفتين أساسيتين ذلك أن وقوعها يؤدى الى اصابة الانسان بالخسارة المالية ، كما أنها احتمالية أي أن وقوعها ليس أمرا مؤكدا وكذا عدم وقوعها .

وغني عن البيان أن موقف الانسان ازاء الاخطار التي تواجهه ـ سواء كانت شخصية أو تقع على ممتلكاته أو أخطار المسؤولية المدنية لم يكن أبدا سلبيا ، فقد حاول منذ عهد بعيد أن يتفاداها ويمنع وقوعها باستحداث الوسائل المختلفة ، خاصة بتعاونه مع الاخرين ، الذين يتعرضون مثله لخطر معين ، على توزيع الخسارة المالية الكبيرة التي تصيب واحدا منهم نتيجة امكانية تحقق الخطر عليهم جميعا ، وبذلك يتحمل كل منهم جزءا بسيطا من هذه الخسارة ، فيقل بذلك عبء الخطر عليهم جميعا .(21)

و هكذا يطبق الانسان مبدأ التكافل و التضامن الاجتماعي بأوسع معانيه ، فيجرى عقودا مع شركات معينة كما هو الحال بالنسبة لعقد التأمين الذي يعتبر من أبرز عقود الاذعان .

---

(20) ـ بواسن . توسع عقود الاذعان ، الحياة القضائية 13 ـ 18 سبتمبر 1954 .

- Poisson. l'extention des contrats d'adhesion . la vie judiciaire 13-18 sept. 1954.

- Berlioz. le contrat d'adhesion. p. 25

أشار اليها برليوز في المرجع السابق ص25 .

(21) ـ في هذا المعنى . د . عبد العزيز فهمي هيكل . مقدمة في التأمين . ط1968 ص 7 ، 8 .

ثانيا : العوامل الماديـــة.

ان العناصر المادية في اعداد الوثائق التعاقدية قد جعلت من العقـد عقد الاذعـان ، فالوثيقة التعاقديـة تطبع مقدمـا و تتضمن شروطا عديدة لمختلـف العمليـات ، وذلك مرجعـه الى ماتقوم عليـه الحياة المعاصرة من سرعــة، خاصة في المجال التجارى اذا أصبح فـي غير مكنـة الفرد — نظرا لكثرة انشغالاته/ و تعـدد مهامـه - قراءة ما يورد من شروط مطبوعـة ، ناهيك عن تفحصهـا و المناقشة في شروطهــا .(22)

و في حالات أخرى قد تضاف الى الشروط المطبوعة شروط مكتوبـةأومرقنـة غير أن الوجه الغالب هو دائما ذلك الوجه النموذجـي المطبوع.

ثم ، إن أبرز تطور في هذه الناحية المادية هو أن المعلومات أصبحـت تزود للعقول الالكترونية حسب معطيات مادية معينـة حيث يصل بذلك الى اخــراج و تحديد شروط غير قابلة للتعديل أو المناقشة و يستعصي على الفرد مناقشتهــا حتى وان أراد ذلك ،

و هكذا فإن أصول التسيير المباشر بالوسائل الميكانيكية أو الالكترونيــة يفترض بأن تكون كل الشروط المرتبطة به في فئات و نماذج ، وهذا هو الاتجــاه العام السائد الذى يفترض أن تكون كل الشكليات متماثلـة .(23)

---

(22) — حول رد فعل المحاكم عن تعسف الشروط المطبوعة مراجع ، قازيت دى باليه 1968، 2، 135.

- Sur la reaction des tribunaux aux abus des clauses imprimées, CF. GP. 1968.2.135.

(23) — حول ضبط الصيغ و الشروط المصرفية راجع مقال للفقيه "لبوتي ." تحت عنوان العقــود النموذجية . منشور في المجلة ربع السنوية للقانون المدني 1953 ص429.

- Sur la normalisation des formules et des conditions bancaires. voir léauté, les contra types. R.T.D. civ 1953.429.

المبحث الثالث : تعريف عقد الاذعـــان .

لم يجمع الفقهاء على تعريف واحد لعقد الاذعـان ، وكذا فان التشريعـات لم تحـدد لـه تعريفــا .

فسالـي الذي يجمع كل الفقهـاء على أنه صاحب أول فكرة للاذعـــان يرى أن " عقد الاذعـان هو محض تغليب لإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة ، و تملـي قانونهـا ، ليس على فرد محـدد بل على مجموعـة غير محـددة ، و تفرضهـا مسبقا و من جانـب واحـد ، ولا ينقصهـا سوى اذعان من يقبل قانون العقد ". (24)

و يلاحظ على هذا التعريف الذي أورده سالي أنه اهتم بالارادة المنفردة و بطريقة انضمـام الافراد إلى هذه الإرادة التي تملي قانون العقد على مجموعة غيـر محـددة دون أن يتعرض الى موضوع العقد .

و قد عرف جورج برليوز عقد الاذعان بأنه " عقد حدد محتواه التعاقـدي كليا أو جزئيـا بصفة مجردة و عامة قبل فترة التعاقد ". (25)

(24) — سالي . في مؤلفه . الاعلان عن الارادة . مساهمة في دراسة التصرف القانوني في القانون المدني الألماني . باريس 1929 . المادة 133 .

- Saleills (de la declaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil Allemand. Paris 1929. Art. 133.n°89. S.P. 229.

" Les contrats d'adhesion dans lesquelles il ya la predominance exclusive d'une seul volonté agissant comme unilatérale qui dicte sa loi non plus à un individu mais à un collective indéterminée, et qui s'engage déja par avance unilateralement sans adhe[illegible] de ce qui voudrait accepter la loi du contrat et s'emparer de cet engagement déja [illegible] sur soi même".

(25) — برليوز . المرجع السابق ص 27 .

" Un contrat d'adhesion est un contrat dans le contenu contractuelle à été fixé tota[illegible]ment ou partiellement, de façon abstraite et générale avant la période contractuell[illegible]

وبهذا التعريف لا يكون برليوز قد خرج عن تعريف صاحب فكرة الاذعان الاستاذ " سالي " الا فيما يخص توضيحه بأن المحتوى التعاقدي قد يكون تحديده جزئيا .

وقد عرف الدكتور عبد المنعم فرج الصده عقد الاذعان بأنه : " العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها ، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها " . (26)

ويقول الدكتور محمد كامل مرسي بشأن عقود الاذعان : " أما عقود الاذعان أو الانضمام فلا تحصل فيها مفاوضة مع الموجب بل يجب قبول العقد أو تركه جملة " . (27)

وبصدد الحديث عن بعض صور القبول يقول الدكتور سليمان مرقس : " مع أن الأصل في العقود حرية الارادة في اختيار ما تبرمه منها وحريتها في تنظيم آثارها ، فان بعض الظروف قد تضطر أشخاصا معينين الى ابرام نوع معين من العقود دون أن يكون لهم اختيار في ابرامه أو عدمه أو في ترتيب آثاره بشكل أو بآخر " . (28)

ويقول الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي : " الأصل في التعاقد أن يتسم اجراؤه بحرية النقاش والمساومة ، بحيث تترك لكل من طرفيه الفرصة في أن يجعل الاخر يرتضي أفضل الشروط بالنسبة اليه ، وهناك ضرب من العقود يشذ عن هذه القاعدة فلا تكون هناك مساومة أو نقاش في شروطها ، وانما يضع أحد

---

(26) — د . عبد المنعم فرج . نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ط 1974 .

(27) — د . محمد كامل مرسي . العقود المسماة . الجزء الاول ، الطبعة الثانية 1952 ص 27 . — المطبعة العالمية . مصر .

(28) — د . سليمان مرقس . نظرية العقد ط 1956 ص 124 .

الطرفين هذه الشروط، ولا يكون أمام الطرف الثاني الا أن يقبلها جملة أو يرفضها جملة بحيث إن قبوله إياها يكون أقرب الى التسليم و الرضوخ و الاذعان منه الى المشيئة الحقة و الرضا السليم". (29)

و يقول عبد المنعم البدراوى تحت عنوان عقود المساومة الحرة و عقود الاذعان: " عقود المساومة الحرة هي العقود التي يملك فيها كل من المتعاقدين حرية مناقشة شروط التعاقد، وهذا هو شأن غالبية العقود الخاصة، وقد كان هذا هو شأن العقود جميعا في المجتمعات القديمة، حيث كانت دائرة النشاط الاقتصادى محدودة، وكان الزمن يتسع لما يسبق العقد من مناقشات و مفاوضات.

أما الآن فقد أدى التطور الاقتصادى الحديث الى أوضاع لا يتسع فيها المقام لمثل تلك المناقشات والمفاوضات.

فأصبح أحد العاقدين في حالات كثيرة يحدد شروط العقد مقدما على نحو لا يقبل المناقشة، ويعرضها على الجانب الآخر الذى يكون له الخيار: اما أن يقبلها كما هي بدون مساومة، واما أن ينصرف عن العقد، ولما كان هذا الأخير، في غالب الاحوال، مضطرا الى التعاقد لاتصاله بمرافق أساسية لا غنى له عنها، فإنه في الواقع يذعن لما يضعه الآخر من شروط". (30)

و يرى فقهاء القانون المدني الفرنسي: " أنه توجد عقود هي في الحقيقة أعدت مسبقا و موجهة الى الجمهور حسب شكل موحد و لا يمكن قبولها الا جملة مع استحالة مناقشة أي شرط من شروطها". (31)

---

(29) — د. عبد الفتاح عبد الباقي : نظرية العقد ص103 .

(30) — د. عبد المنعم البدراوى. النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة في قانون الوجبات و العقود اللبناني و القانون المدني المصرى ص177 .

(31) — موسوعة د اللوز . مدني ج 2 . تحت عنوان " العقد والاتفاق . بنده 42 .

- Encycloprodie DALLOZ. civ.T.2. sous titre (contrat et convention) supra. 42. (Mais il est d'autres contrats qui sont en réalité rédigé à l'avance, offert au public sous une formule uniforme et qu'on ne peut qu'accepter en bloc sans possibilité de discus sur tel ou tel point".

ويعرف جاك قستيان " J. Ghestin " عقد الاذعان بأنه :" الانضمام الى عقد نموذجي محرر بصورة انفرادية من أحد الاطراف وينضم اليه الآخرون دون امكانية حقيقية لتعديله ".(32)

أما الاستاذ الدكتور السنهوري فلم يتطرق الا القبول في عقود الاذعان فيقول :" قد يكون القبول مجرد اذعان لما يمليه الموجب فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة ، بل هو في موقفه من الموجب لا يملك الا أن يأخذ أو أن يدع ، ولما كان في حاجة الى التعاقد على شيء لا غناء عنه ، فهو مضطر الى القبول ، فرضاؤه موجود ، ولكنه مفروض عليه ، ومن ثم سميت هذه العقود بعقود الاذعان ".(33)

ويرى الدكتور أبو زيد رضوان تحت عنوان " الاذعان وعقود المساومة الحرة " " الاصل أن المتعاقد يملك حرية مناقشة شروط التعاقد ، حيث تخضع العملية التعاقدية لمبدأ المساومة الحرة من أطراف العقد ، وهذا هو شأن العقود جميعا وبصفة عامة وفي ظروف كان فيها النشاط الاقتصادي محدوداً والوقت متسعا لإجراء المناقشات والمفاوضات بين المتعاقدين .

أما الآن وبعد اتساع دائرة النشاط الاقتصادي وظهور المشروعات والشركات الاحتكارية أصبح أحد المتعاقدين يستقل غالبا بوضع شروط التعاقد مقدما وبشكل لا يسمح بقبول المناقشة فيها من الطرف الآخر ، حيث يقتصر دور الاخير اما على قبول الصفقة كلها برمتها واما أن يرفضها دون أن يكون

---

(32) — جاك قستان . شرح القانون المدني ، الالتزامات ، العقد . طبعة 1980 فقرة 74 .

- Jaques Ghestin: Traité de droit civil. Les obligations. Le contrats. Ed. 1980.supra 74

" Le contrat d'adhesion peut aussi être défini comme l'adhesion à un contrat type, qui est rédigé unilatéralement par l'un des parties auquel l'autre adhère sans possobilité réel de le modifier).

(33) — د . عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الاول 1964 ص244 . دار النهضة العربية القاهرة .

له الحق في تعديلها ، وغالبا ما يضطر المتعاقد الآخر الى هذا القبول لتعلق موضوع التعاقد بمرفق أساسي لاغنى عنه ، وتلك هي عقود الاذعان". (34)

ويلاحظ على هذه التعاريف الفقهية أنها اما أن تتعرض الى كون عقد الاذعان مجرد إرادة تملى شروطها على إرادة أخرى لأفراد غير محددين دون أن تذكر محتوى العقد ، واما أن تأتي في صيغة شرح العقد أكثر من اتجاهها نحو تعريف دقيق للاذعان، وذلك اما بالاعتداد بالأسباب الاقتصادية والاجتماعية التي استحدثت في النظرية العامة للعقد في العصر الحديث ، واما بالاتجاه الى وصف موقف القابل في عقود الاذعان ، غير أن أبرز تعريف فقهي يمكن الاعتداد به هو ما توصل اليه الدكتور عبد المنعم فرج الصده اذ يصف هذا العقد بأن القابل فيه يسلم بالمحتوى التعاقدي الذي يضعه الموجب ولا يقبل مناقشة فيه ، كما يذكر الموضوع (المحل) الذي يرد عليه الانعقاد كتعلقه بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنه ، وبذلك يكون قد أعطى صفات هذا العقد ومميزاته .

وعقود الاذعان يطلق عليها الفرنسيون عقود الانضمام لأن من يقبل العقد انما ينضم اليه دون مناقشة .

غير أن الدكتور السنهوري أطلق عليه (عقد الاذعان) ويذكر عبد المنعم فرج الصده أن " صاحب هذه التسمية " عقد الاذعان" هو استاذنا السنهوري، وهي أصح من التسمية الفرنسية التي قال بها الاستاذ " سالي " (اعلان الارادة فقرة 89) والتي معناها عقد الانضمام "contrat d'adhesion" لأن الاذعان يدل على معنى الاضطرار في القبول بينما الانضمام أوسع دلالة من الاذعان ، اذ يشمل عقد الاذعان وغيره من العقود التي ينضم اليها القابل دون مناقشة ، كما أن لهذا السبب أيضا تفضل التسمية التي اختارها القانون اللبناني في المادة 172 موجبات وعقود حيث يسمى العقد عقد موافقة " (35)

---

(34) ــ د . أبو زيد رضوان . الوجيز في مبادئ الالتزام . ط 1979 ص 74 .

(35) ــ د . عبد المنعم فرج الصده . المرجع السابق ص 135 .

وما يفرق عقد الاذعان عن العقود الاخرى أو ما هو مهم وضروري فيهما هو عدم وجود حوار مسبق أو مساومة سواء من أحد أطرافه أو من الغير بل إن تحديد محتوى العقد ومضمونه كان بارادة مقصودة، وهذه الإرادة المحددة لأركان العقد لا يعوزها سوى انضمام ارادة أخرى كي تعطي فعالية قانونية الى تلك الإرادة المنفردة.

ومن هنا فاننا لا نستطيع اهمال ارادة القابل لكونها تساهم مساهمة فعالة لا في تحديد شروط العقد، وانما في اعطاء الفعالية القانونية وفي اثبات وصف العقد على هذه الفئة من العقود.

أما تحديد محتوى العقد فيكون من طرف الموجب، وهو يتلاءم مع الاوضاع التي يكون عليها هذا الأخير، وذلك من حيث مركزه في العقد وقت ابرامه، أو في كيفية تنفيذه باعتباره سيتحمل المخاطر التي تنجم عن تطبيقه.

وفي بعض الحالات فإن المنضم الى هذه العقود، حتى لو افترضنا أنه قد أسهم في اعداد تلك الشروط، فإنه يبقى دائما في مركز التابع بالنسبة للموجب، وتلك التبعية التي ينبغي أن تراعى في كل عملية خاصة على حدة، وليس بالنظر الى القوى المحدودة بمجمل الصفقات.

ان ضعف الطرف المنضم يتولد مبدئيا من ضعف تنبئه وتوقعه والمامه بمحتوى العقد اذ بالنسبة اليه فان الامر يتعلق بعملية لم يفكر فيها بصورة خاصة الا قبل فترة وجيزة من ابرام العقد، فهو يتعاقد خاضعا في واقع الأمر الى الموجب ولم يساهم في تحرير العقد بأكثر من توقيع يؤدي به الى أن يلعب دورين: دورًا ايجابيًا وهو اعطاء الحياة للعقد ووضعه بالضرورة موضع التنفيذ، وآخر سلبيًا اذا راعينا ما يتحمله من التزامات، وما يعود عليه من حقوق وتلك نتيجة منطقية حسب المقدمات التي ذكرناها.

غير أن الوضع يختلف بالنسبة للموجب اذ أنه يتعاقد وهو على بينة بمحتوى العقد، فهو من صنع ارادته، وبالتالي فانه يتنبأ بكل مراحل العقد

.../...

قبل صياغة شروطه ، و تنبوؤه هذا يرتبط بمهل التفكير التي يمنحها لنفسه من جهة وبالتجربة التي تمكنه في كل مرة من تعديل الشروط و اعطائها الوجهة الصائبة لخدمة أغراضه و مصالحه .

ذلك أنه يجرى عمليات أو صفقات متعددة و متكررة و بكيفيات مختلفة و متفرقة فأصبحت شيئا معتادا في حياته المهنية ، والمذعنون يتضمون اليه بهذه الصفة .

وهذا هو وضع عقد الاذعان في الفقه .أما بالنسبة للتشريع فان التشريعات العربية أغلبها قد تعرضت الى عقد الاذعان ، ولكن دون أن تتعرض الى تعريف محدد لهذه الفئة من العقود ، بل أوردت كيفية حصول القبول فيها ، فنصت المادة 70 من القانون المدني الجزائرى على أنه " يحصل القبول في عقود الاذعان بمجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها ". وهي نفسها نص المادة 100 من القانون المدني المصرى الحالي ، والمادة 101 مدني سورى .

وبما أن المشرع المصرى هو أول مشرع بخص عقد الاذعان بنصوص خاصة فقد كانت صياغة المادة المذكورة محل نقاش حاد ،فكان حضرات مستشارى محكمة النقض المصرية قد اقترحوا (36) أن تصاغ المادة 100 كما يأتي " عقد الاذعان هو الذى يقتصر موقف المتعاقد فيه على مجرد التسليم بشروط مقررة وضعها المتعاقد الآخر غير قابل للمناقشة فيها " .

و ذلك ليكون النص مطابقا لمرجعه و هو المادة 172 لبناني التي تنص على أن عقد التراضي هو الذى تجرى المناقشة و المساومة في شروطه و توضع بحرية بين المتعاقدين (كالبيع العادي و الايجار و المقايضة والاقتراض).

و عندما يقتصر أحد الفريقين على قبول مشروع نظامي يكتفي بعرضه عليه ، و لا يجوز له من الوجه القانوني أو الفعلي أن يناقش فيما يتضمنه يسمى

---

36) ـ مجموعة الاعمال التحضيرية ص67 و ما بعدها . المادة (100) محضر الجلسة الثانية والستين .

العقد اذ ذاك عقد موافقة (كتعاقد على النقل مع شركة سكة حديدية أو عقد ضمان " أي عقد التأمين " assurance " وقد حبذ سعادة د وس باشا " الاخذ بالاقتراح لأنه يورد تعريفا لعقد الاذعان ، ولكن حضرة مندوب الحكومة اعترض على الاقتراح بقوله أن الصيغة المقترحة ليست مطابقة لمرجع النص ثم انها لا تتضمن تعريفا يبرز جميع خصائص عقود الاذعان بل ولو كملت مقومات التعريف لكان من الانسب اغفاله لوجوب تجنب التعريفات في نصوص التقنين ما أمكن و خلص حضرته من ذلك الى أن نص المشروع أفضل من حيث الصياغة التشريعية و مناسبة السياق فهو يقتصر على ايراد حكم لا تعريف وهو يورد الحكم في معرض بيان صور خاصة القبول .

وقد قررت الأغلبية عدم الاخذ بالاقتراح مأما معالي حامي باشا فانه يورد تعريف عقد الاذعان .

و لذلك فان التشريعات العربية قد سارت على نهج المشرع المصري فأوردت أحكاما خاصة بالقبول في عقد الاذعان دون أن تعرفه ،كما أن هذا الوضع يفسر لنا سبب عدم ادراج معظم الفقهاء العرب عقد الاذعان ضمن تقسيمات العقود .

هذا وقد نص القانون اللبناني في المادة 2/172 على أنه " وعندما يقتصر أحد الفريقين على قبول مشروع نظامي يكتفي بعرضه عليه و لا يجوز له من الوجه القانوني أو الفعلي أن يناقش فيما يتضمنه يسمى العقد اذ ذاك عقد موافقة كتعاقد على النقل مع شركة سكة حديدية أو عقد الضمان .

وقد أسماه المشرع اللبناني بعقد الموافقة ، ذلك لأن دور الطرف القابل لا يتعدى كونه موافقة على مشروع نظامي غير قابل المناقشة .

وقد عرفت الدائرة التجارية لمحكمة مصر الابتدائية عقد الاذعان بأنه " المقصود بعقود الاذعان العقود التي يملي فيها أحد المتعاقدين على الآخر شروطه كعقود التأمين البرى و البحرى و عقود توريد المياه و النور

.../...

الى المستهلكين وهذه العقود لم تخرج عن كونها عقودا مطبوعة تضمنت شروطا متشابهة وضعت لجميع العملاء " (37)

أما القضاء الفرنسي فقد استعمل مصطلح الاذعان في العديد من الاحكام القضائية، وبمناسبة النزاع في قضايا تتعلق بالتعامل بالعقد الدولي (38)، وقد وضح هذا الحكم بأنه سواء في اللوائح الدولية أو الداخلية فانه يعتد بالارادة المشتركة للمتعاقدين، وهي الارادة الحقيقية دون الاعتداد بالالفاظ الخارجية، كما يجب أن يعتد في عقد الاذعان بما أعد مسبقا من ايجاب.

كما أن استعمال العبارات وتفسيرها يجب أن يكون وفقا للمصطلح العرفي المتعارف عليه سواء في العقود الداخلية أو الدولية . (39)

---

(37) — محكمة مصر الابتدائية، الدائرة التجارية، 21 أفريل 1940، دائرة القضاة محمد كامل أمين ملش مصطفى فاضل، مصطفى حسن . المحاماة 21 رقم126 ص267 .

(38) — مجلس قضاء ديجون 1 ديسمبر 1931 قازيت دى باليه . 93.1.1932 .

- cour d'appel de dijon 1er Dec. 1931. (gaz.pal. 1932.1.93.)

((Considerant qu'il est de principe admis aussi bien en matière de reglement interna naux qu'en droit interne, qu'on doit s'attacher à ce qui a été la commune intenti des parties à l'époque de la convention, plutôt que de s'arreter au sens littera de celle ci, surtout lorsque certaines de ces mentions créant quelques ambiguités c'est la comparaison de toutes les clauses qui doit faire ressortir la porté exac des termes employés, que d'autre part, lorsqu'il s'agit d'un emprunt offert au pu on doit tenir le ,1 s grand compte des prospectus et notice qu'on été distribués alablement à l'emission et qui constituant la pollicitation, eclairent le contrat d'adhesion qui résultera de la souscription".

(39) — 28 فيفرى 1960 . قازيت دى باليه 1960 .1. 317.

- 28 fev. 1960 gaz.pal. 1960. 1.317.
Note de MR Foujas. sur la signification de mot " ARRHES "
" Il est ainsi en matière de reservation dont l'arrêt les usages à la convention passé l'association internationale de l'hotelerie et la féderation internationale des agenc de voyages sur l'emploi du mot " ARRHES" en Algérie au lieu et place du mot " accomp v. cass. civ 19 oct.1955. (gaz.pal. 1956. 1.T).

وكذا في عقد التأمين حيث تراعى طبيعة العقد الاقتصادية ومدى الخدمات التي يؤديها وتوقع جزاءات على من يخالفها .(40)

وهكذا يتضح أن القضاء الفرنسي وإن كان قد استعمل مصطلح الاذعان في العديد من الأحكام إلا أنه من الصعوبة بمكان القول بأنه قد أوجد تعريفا جامعا مانعا لعقد الاذعان، ولا شك أن صعوبة تحديد تعريف دقيق انما مرجعه الى تعدد أنواع هذه العقود .

وعلى كل فإنه من خلال التعاريف السابقة التي أوردها الفقهاء وبعد الاطلاع على بعض الاحكام القضائية يمكن أن نقترح التعريف التالي :

"عقد الاذعان هو ذلك العقد الذي يعد فيه الموجب ذو الاحتكار القانوني أو الفعلي ، شروطا محددة غير قابلة للتعديل أو المناقشة ويوجهها الى الجمهور بصورة دائمة بقصد الانضمام اليه، ويكون موضوعها سلعة أو خدمة معينة "

الفصل الثاني : الطبيعة القانونية لعقد الاذعان .

ان تحديد الطبيعة القانونية لأي عقد من العقود لها أكثر من فائدة اذ أن الكثير من الحلول لبعض المشاكل الناشئة عن العقد تتوقف على تحديد هذه الطبيعة .

ولا شك أن هذه الطبيعة - كانت محل دراسات الفقهاء الذين انقسموا الى فريقين : فمنهم من يرى أنها ليست عقودا حقيقية، وآخرون يرون أنها لا تختلف عن سائر العقود، ويرجع سبب الخلاف أساسا الى الطريقة التي يتم بها اتفاق الارادتين لذا يقول الدكتور عبد المنعم فرج الصدة "... كانت الطريقة التي يتم بها اتفاق الارادتين في عقد الاذعان سببا في اختلاف الفقهاء فيما يتعلق بطبيعة هذا العقد ".

(40) - Tribun l corr ct onnel de chalon sur sonos 15 mai 1953. gaz.pal.1953.2.244 "Attendu qu'il serrit vr iment soutenu que les prestr tions de service personne promises par les quatres premieres stipulation surisés l'important dans l'econ générale de l'acte sur les prestation d'assurances prevu par les trois suivan c'est dernier n'en constituent que l'accessoire et comme telles, ne peuvent modifié le caractère de contrat d'agence d'affaire de l'ensemble et nulle comm affecté. D'une condition purement potestative. Tandis que trois suivants n'off que des prestat ons de services d'interêt secondaire comparativement aux autre qu'en doit la circonstance qu'une stipulation d'assurance se presenterait comm abermante dans un contrat d'adhesion dont toutes les autres clauses serait de nature differente.

وللوقوف على الطبيعة القانونية لهذا الموضوع " عقد الاذعان" فإنه يجب علينا عقد موازنة الآراء الفقهية التي تعرضت الى ذلك تباعا :

اذا نظرنا الى فقهاء القانون المدني الفرنسي وهم يحررون عنوان "العقود أو الالتزامات الاتفاقية بصفة عامة" فإننا نرى أنهم كانوا ينظرون أساسا الى التصرفات القانونية التي توزن شروطها وتناقش لحظة تنفيذ العقد الذى أراده الطرفان فالاتفاق اذا يستخلص من تعاون الاطراف ، أو من مساعدة مختلف الاشخاص بحيث يكون معبرا عن الارادة المشتركة، ولكن نتيجة لمختلف العوامل التي تعرضنا اليها ما فتئ أن تحول الوضع الاجتماعي خلال القرن التاسع عشر ، اذ وجدت الى جانب المحلات الصغيرة التي يمكن أن يتفاوض في العمليات التي تجريها محلات كبرى قوية وشركات عامة جد معقدة وذات نظام سلمي بحيث لا يتمكن المتعاقد من رؤية الشخص القانوني الذى يتعاقد معه ، ولكن هناك عمال يكتفون بترديد ما كلفوا به من قول ، ومن هنا فلا يمكن مناقشتهم .

في هذه الادارات كل شيء ينفذ مباشرة اذ لا توجد حتى امكانية التعاون فيما بينهما مع الزبناء الذين يرغبون في اجراء عقود مشتركة فالامر يقتصر على ايجاب محدد السعر ومرفوق بشروط ونماذج مطبوعة مسبقا ومن لا العبث الاعتراض على تعقيدها أو غموضها ، إنهم يقدمونها جملة اما أن يأخذها الزبون أو يدعها ، وغالبا ما يأخذها " أي يذعن لها وينضم الى مجموع العقد" وعندئذ يتولد عقد قد يكون من الصعب ادراجه في اطار العقود المبنية على حرية الارادة ، ان هذا التصرف هو الذى نريد في هذه الدراسة تحديد طبيعته القانونية . ولقد تعرض هذا الموضوع منذ أن عبر عليه " ساليي " (بعقد الانضمام) - كما سبق أن أشرت الى انتقادات في التسمية من طرف الاستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، كما أن الاستاذ " ديروي " يرى أنه من باب أولى أن يعبر عنه بمصطلح " عقد بالانضمام " "contrat par adhesion" لأننا اذا قلنا عقد الانضمام فانما قصدنا عقدا خاصا بعينه يسمى الانضمام ، ويمكن أن يكون على قدم المساواة مثلا مع عقد البيع ، وعقد الايجار والعقود الأخرى ، ونحن في

.../...

الواقع نريد أن نعين الاتفاق الذى يلجز بمجرد الانضمام فتقول:" إنه عقد الانضمام " كما تقول : " وصية بيد موثق" أو " مبدأ دليل بالكتابة ".(41)

و نلاحظ أن جمهور الفقهاء يفضلون تعبير " عقد الاذعان" على انتقاده.

فما هي الطبيعة القانونية الحقيقية لهذا التصرف القانوني ؟

ان جمهور فقهاء القانون الخاص يقولون بمنحه طبيعة تعاقدية، اذ أنها تطبق قواعد القانون المدني على هذه العقود ، ويقول جورج ديرو:" بأننا قد وجدنا أنفسنا ملزمين بتطبيق قواعد القانون المدني على هذه العقود"،(42) وأضاف قائلا :(وقد بدا لنا في حقيقة الامر بأن تطبيق هذه القواعد من الصعوبة بمكان ، وبأنه يجب أن ننبه الفقهاء ولكننا لم ننهك أنفسنا في التماشي مع مبدأ النظرية التقليدية ، وعلى العكس من ذلك فإن الفقهاء الذين انتقدناهم يضربون بالمبدأ عرض الحائط ،و أن مابدا لنا منهم بأنه عقد ، فإنه في نظرهم لا يتعدى كونه تصرفا من جانب واحد هو ارادة الموجب وليس ارادة المنضم (المذعن) هي التي تعطي الكيان أو الوجود للعقد .

فارادة الموجب هي التي تحدد آثاره ،و هذا الوضع بسيط جدا لأن الانضمام لا يغير من طبيعته ".

و تلك هي الاراء التي سنتعرض لها تفصيلا ، ففي عقد الانضمام يوجد تسلط محض لارادة منفردة ، تتصرف و تملي قانونها ليس على فرد معين و لكن على جمهور الناس ، وتلزم مسبقا و بصورة انفرادية بالتزامات مع من ينضم بقبول قانون العقد ،(43)

---

(41) — جورج ديرو. المجلة الربع السنوية للقانون المدني 1910 .ص 504.

و المرجع الذى أشار اليه .

(42) — ديرو ،مجلة القانون المدني ربع السنوية . 1910 .ص 504 و المرجع الذى أشار اليه .

- Dereux. R.T.D. civ. 1910. P.504., Voir aussi, de l'interpretation des actes juridiq[ues] privé 1905.PP153. et suiv.

(43) — سالي . المرجع السابق ص 229.

وهذا هو أيضا رأي دي جيه " duguit " (44) وهوريو في إحدى ملاحظاته بـ (recueil sirey) قد تعرض لدراسة هذه المسألة التي يرى فيها أن القول " بعقد يبعها" مبالغ فيه ، فيقول: "إن عقود الانضمام ليس لها من العقد سوى الاسم... لأن العملية عند تحليلها هي نتاج ارادة تصنع لائحة" volonté reglementaire " وتأتي ارادة أخرى لتنضم اليها ، وتلك الارادة التي فرضت اللائحة هي الوحيدة التي تؤخذ بعين الاعتبار عند التفسير ، وهي أيضا التي تؤخذ بعين الاعتبار في نظر اختصاص القاضي وفي طبيعة الطعن .(45)

(44) — ديجيه ، القانون الموضوعي والقانون الوضعي ، ص55 فيقول :

- " peut-on parler raisonnablement d'un contrat de louage de service, l'employeur puissant capitaliste, et l'ouvrier ? ... de contrat il n'y en a point".

(45) — — — — — — — — — —

- Note de M.Houriou. S. 1908. 3.19. (col 1 et 3)

المبحث الاول : القائلين بالصفة التعاقدية لعقد الاذعان .

ان أغلبية فقهاء القانون المدني* قد رفضوا اتباع الافكار التي أوردها كل من سالي وديجيه ومن تبعهم وتمسكوا برأي مخالف مفاده الطبيعة التعاقدية لعقد الاذعان .

فيقول الدكتور سليمان مرقس: " وقد ثار الشك أول الأمر حول اعتبار الاذعان قبولا ينعقد به عقد حقيقي أو اعتبار العلاقة بين المحتكر والمذعنين له علاقة لائحية ينظمها القانون ان كان الاحتكار قانونيا .

والراجح الآن في فقه القانون المدني أن الضغط الذي يكون الطرف المذعن واقعا تحته لا يبلغ حد الاكراه الذي يعدم الرضا ، ولا حتى الذي يفسده ، وبالتالي فإن القبول بطريق الاذعان قبول صحيح ينعقد باقترانه بالايجاب عقد حقيقي " (46) .

ويقول الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي: " إنه اذا كانت ارادة الطرف المذعن تجيء تحت تأثير الضغط الاقتصادى ، فإن ذلك لا يمس ذات وجودها ، ولا يعتبر حتى سببا من شأنه أن يفسدها " (47).

ويقول الدكتور عبد المنعم البدراوى عند حديثه عن الطبيعة القانونية لعقد الاذعان: " لكن لوحظ على هذا الرأي (يقصد منكري عقدية الاذعان) أن عقد الاذعان كسائر العقود ينعقد بوجود ارادتين لا بإرادة واحدة .

وأن كل تصرف قانوني يتم بارادتين هو عقد ولو لم يكن طرفاه متساويين في القوة من الناحية الاقتصادية وليس عقد الاذعان وحده هو الذى توجد فيه هذه الظاهرة فهي موجودة في العقود التي يعقدها ناقص الأهلية تلك التي

---

*هم جمهور فقهاء القانون المدني في فرنسا وجميعهم في مصر .

(46) — د . سليمان مرقس . مؤلفه نظرية العقد ط 1956 بند 93 ص124 .

(47) — د . عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق بند 51 ص103 .

يقبلها أحد طرفيها على مافيها من غبن أو التي يكون فيها السعر محددا"(48).

وهكذا فإن هذه النظرية لا تفترض استبعاد عقود الانضمام عن القواعد العامة التي تحكم كل العقود لأنها تتولد من ارادتين :إرادة الموجب و إرادة المنضم، (وهذا الانضمام ماهو الا نوع خاص من القبول). وآثاره القانونية محددة أيضا بإرادة الطرفين اللذين كوناه ، وفي عقود الانضمام " لا يوجد فيها شيء جديد الا اسمها".

وأهم الاعتبارات التي تدافع عن هذه النظرية هي الآتية :

1 — أنه من الخطأ القول بفكرة أن العقد يقتضي أن تكون شروطه نتاج مفاوضات حرة و متساوية بالنسبة للطرفين ،لأن مفهوم العقد يفترض الاتفاق أي رضا مزدوجا، ولكنه لا يفترض أن تكون قبل " الاذعان" قد نوقشت الشروط من الطرفين .

إنه منذ قرون خلت يطلق لفظ العقود على عمليات يحدد فيها أحد الاطراف شروطه و على الآخر أن يقبلها أو يرفضها جملة، حتى في القانون الروماني كان الثمن محددا في البيع و لم يمنع ذلك أبدا من وصفه بأنه عقد بيع ، والمهم أن يكون القابل بالشروط المعروضة عليه غير مرغم أي حرا في القبول أو الرفض، فإذا قبل فإنه يكون قد أدلى برضاه فيكون بذلك العقد على الرغم من تحريره تحريرا مسبقا من جانب العاقد الآخر وانعدام كل مساومة وغاية الامر ان الطرف المذعن يكون جديرا بالحماية من تعسف الطرف المحتكر .(49)

ان الامر لا يتعلق بحماية الطرف المذعن بقدر ما يتعلق بدعوة القاضي الى تفسير العقد آخذا بعين الاعتبار فقط الارادة التنظيمية لأطرافه ، و أن الاعتراف بعقدية الاذعان يظهر ضروريا عند هؤلاء الفقهاء لأنهم يؤسسونه

---

(48) — د . عبد المنعم البدراوي ،النظرية العامة للالتزامات ،دراسة مقارنة في قانون الموجبات والعقود اللبناني والقانون المدني المصري بند 77ص119.

(49) — د . سليمان مرقس المرجع السابق ص125.

على واقع الإرادة المشتركة للطرف القوي والضعيف المستخلص من القصد المشترك للطرفين .

2 — لا يشترط قانونا لاتفاق الارادتين اتفاقا صحيحا أن يكون مضمون العقد محل نقاش سابق ، أو أن يكون من عمل الطرفين ، وكل ما يرد على حرية التعاقد في عقد الاذعان لا يعدو أن يكون نوعا من الضغط الاقتصادي الذي لا يؤثر على صحة التراضي ، وجميع العقود مقيدة بدرجة أو بأخرى ، قليلا أو كثيرا ، بضرورات النظام الاقتصادي والسلطة اللائحية التي يراد اعطاؤها للموجب وهي سلطة خطيرة لأنها تؤدي الى الاضرار بمصالح الطرف المذعن .(50)

3 — إذا أردنا أن توجد فئة من التصرفات القانونية خارج اطار القانون المدني فإنه يستوجب علينا ، على الأقل ، تعريفها ، كما يجب تعيين معيار تمييزها ، ولهذا فإن مناهضي هذه النظرية لا يحملون سوى تبريرات غير مقنعة ، وقليلة في نظر أصحاب عقدية الاذعان الذين يرون أن الحجج التي سنوردها لاصحاب النظرية غير العقدية ينقصها معيار دقيق يفرق عقد الاذعان عن غيره من العقود ، وهذا ما يؤدي بالمحاكم الى عدم الدقة والتردد .

كما اعتبر أصحاب النظرية غير العقدية أن كل ما يبدو في صورة قانون جماعي (51)" loi collective " هو عقد اذعان ، ولكن هل هذا كاف ؟
ان محاولة اتخاذ معيار كهذا لا يجيب عن كل التساؤلات بل يكتفي واضعوه بذكر بعض العقود كعقد العمل في الصناعات الكبرى وعقد النقل بواسطة السكة الحديدية ، وهذا المعيار في الحقيقة جد واسع وبالتالي لا يرضي المشتغلين بهذه المسألة من الفقهاء ، فما معنى عبارة "كل ما يكتسي طابع قانون جماعي ؟ ceux qui revetent comme un caractère de loi collective"?

(50) — د . عبد المنعم فرج الصدة ،نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ط1974 بند 83 .

(51) — جورج ديرو : الطبيعة القانونية لعقود الاذعان . المقالة السابقة المنشورة في المجلة الربع سنوية للقانون المدني . 1910 ص509 وما بعدها .

يقول ديرو في مناقشته لهذه العبارة: " إننا اذا أردنا فهم هذه الصيغة فإنها تؤدي بنا في الظاهر الى أنه يكون عقد اذعان في كل مرة يوجه فيها موجب الى مجموعة غير محددة، وأي شخص يمكن له أن يقبل هذا الإيجاب الموجه الى الجمهور لا يمكن القول إنه انضم الى قانون جماعي " (52)

و يعطي أمثلة لذلك فيقول " في عروض المحلات الكبرى لبيع الملابس الجاهزة نلاحظ على تلك الملابس ثمنا معينا ومع ذلك نشترى البضاعة فهل هذا يشكل عقدا من عقود الاذعان ؟ وأمام واجهة مكتبة أختار مؤلفا واشتريه بثمن محدد فهل يشكل هذا عقدا من عقود الاذعان ؟ وكل المحلات والدكاكين التي نواجهها في عصرنا الحاضر هل تقدم الينا عقود اذعان ؟ ".

غير أن هذه ليست عقود اذعان ، بل إنه بمعناها الفني تشكل ايجابا ملزما ، وغني عن البيان أن الايجاب الملزم موضوع أساسه بنص تشريعي فنصت المادة 93 من القانون المدني المصرى الحالي - على أنه " اذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على ايجابه الى أن ينقضي هذا الميعاد .

وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة " ويقابل نص هذه المادة في القانون المدني الجزائرى المادة "63".

ويقول الأستاذ السنهوري في شرح هذه المادة " فالايجاب المقترن بميعاد للقبول ملزم الموجب طبقا لنص التقنين الجديد . ولم نعد بعد هذا النص في حاجة الى البحث عن الأساس الذى تقوم عليه هذه القوة الملزمة فالنص صريح في أن الايجاب وحده هو الملزم ، أي أن الالزام يقوم على الإرادة المنفردة طبقا لنص القانون ، وهذه هي احدى الحالات التي نص التقنين الجديد على أن الارادة المنفردة تكون فيها مصدرا للالتزام " (53) ويسقط الايجاب في حالتين :

---

(52) — ديرو . نفس المقالة السابقة ص 508 .

(53) — د . عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الأول ، نظرية الالتزام بوجه عام . ط 1964 . ص 223، 224 .

الحالة الاولى : أن يرفض الموجب له الايجاب فيسقط ولو لم تنقض المدة وقد يكون ذلك في صورة قبول يتضمن تعديلا للايجاب وقد يكون رفضا صريحا أو بتقديم ايجاب جديد .

الحالة الثانية : حالة انقضاء المدة التي يكون فيها الايجاب ملزما ، وغني عن البيان ان الايجاب الملزم هو ارادة منفردة بينما عقد الاذعان هو عقد يقتضي اتفاق ارادتين وتكون آثاره القانونية كسائر العقود الاخرى. فالباعة المتجولون يعلنون عن الثمن دون أن يحددوا شخصية القابل فيبحثون عن قابل أي كان لهذا الايجاب وهذا لا يشكل عقد اذعان ولا يتعدى كونه ايجابا ملزما .

والواضح أن الجمهور نفسه مقتنع بأن التأمين أو شراء تذكرة للسفر بالقطار أو تذكرة لمشاهدة مسرحية أو أية مادة يعرضها محل ما يعد عقدا، ويبدو هذا الرأي سليما من الوجهة القانونية لأن انضمام الجمهور هو الذي يكون عقد الاذعان أما قبل الانضمام فيبقى مجرد ايجاب ولا يرتب أي أثر قانوني من الاثار التي ترتبها العقود .

ويقول ديرو : " اذا كان القانون المدني قد " أغفل فرضا " ولكن يجب التدليل على هذا الغفل ، فضلا عن أننا اذا وصلنا الى ادراج هذا المفهوم من القانون المدني فان هذه الفئة من العقود تظل غير معرفة تعريفا دقيقا .

وبالتأكيد اذا اعتبرناها " عقودا بالاذعان " ، فما هي النتائج العملية التي تترتب على ذلك ؟ وما هي المحاكم المختصة أو القانون الذي يحكمها ؟ وماذا يكون الوضع بالنسبة لرجال الاعمال الذين يخضعون غير متأكدين من القانون الذي سيعتمد عليه القضاء في أحكامه ؟ ثم أين يجدون المبادىء العامة التي تسود الفقهاء في هذا الموضوع

عـنـد طرح القانون المدنـــي ؟".(54)

و في الحقيقة أن التصرف بالاذعـان هو عقد، و من أجل التدليل علـــى ذلك مباشرة فإننـا نعتمد على الكيفيـة التي يتولد بها عقد الاذعـان و على آثـاره القانونيـــة .

ان تكوين عقد الاذعان يفترض بالضرورة ارادة مشتركة الطرفين أو العديـــد مـن الاطـراف ، و بدون وجود هذين الارادتيـن واتجاههما لإحداث أثر قانونـــي معيـن لا نستطيع في الواقع القول بأننـا بصـدد عقـد .

فلا المنطق القانوني السليم ، ولا القانون المدني نفسه يسمح بذلـــك، فالحق أو الالتزام هما علاقـة بين شخصين أو أكثر ، ولا يوجد معنى الفهم بـــأن ارادة واحدة يمكن أن تظهـر هذه العلاقـة أو الرابطة كما تقول القاعدة الأصولية :

(RES INTER ALIOS ACTA ALIIS NEC NOCET NEC PRODEST)

و معناهـا "أن العقد لا يسرى على من لم يكن طرفا فيـه ." والحقائق التي تبررهـا أيضا هو أن الشخص لا يستطيع أن يلزم غيـره ، ولا الغيـر أن يلزمـه تجـاه نفســه، أضف الى ذلك أن الجميع يعترف بأنه لتطبيق هذه التصرفات التي ندرسها ، أى أن الاذعـان ضرورى . و هذا خير دليل على أنه لا ينشأ بارادة منفـردة .

و اذا سلمنـا أنه من نتاج ارادة منفردة فكيف لا ينتج آثاره الا بظهـــور ارادة أخرى موافقـــة !

لا يوجد تصرف قانوني صحيح لا ينتج أثره ، وعليـه فإن آثار التصـرف بالاذعـان يلزم فيـه المذعـن في حـدود ما قبلـه ، و هذا طبيعـي ولا يخرج عـــن نطاق النظرية العامة للعقـد . و اذا كان ثمة رأى في الفقه بأن هناك أوجها عمليـــة يجب مراعاتهـا فإنه يجب أن يؤكد أن المذعـن قد خضع الى التزامات لم يرض بهـا .

---

(54)— ديرو . المقالة السابق الاشارة اليها ص509 . 510 .

ان السلطة العامة هي وحدها التي يحق لها أن تملي قواعد و تفرضها على الغير دون رضاه ، وأن اغفال هذا المبدأ الأساسي قد أدى بالفقهاء الذين ناقشوه الى منح السلطة التنظيمية الى الافراد . والفقيه هوريو (وهو من فقهاء القانون الاداري) قد اعترف بذلك على الأقل في تعبيره " ان عقود الاذعان هي عقود ذات طابع تنظيمي ". (55)

وعندما يتساءل عن كيفية حياة الشركات أو الاشخاص (المؤمنين وأرباب الأعمال ... أو غيرهما) الذين لهم سلطة تنظيمية يقول: فإذا منحنا السلطة العامة " pouvoir public " الى كل الأشخاص، الا يعني ذلك هدم هذه السلطة ؟ وكذا الحال اذا منحنا السلطة التنظيمية " pouvoir reglementaire " الى كل الاشخاص فان ذلك يعني هدم هذه السلطة .

ويقول جورج ديرو :" وبصورة نهائية فان آثار النظرية الحديثة قد ضيقت الخناق على نفسها بل وقعت في مأزق لا يمكن تفاديه . لنفترض ان نتاج عقود الاذعان محددة بالارادة المشتركة للاطراف على كل النقاط التي تعرضت لها ، أما ما عداها فيحكم بقواعد العدالة وبالعرف أو بالقانون ، وعندئذ نجد أنفسنا كما لو كنا نعامل جميع العقود بالضبط ، فنطبق بكل بساطة قواعد النصين 1143 ، 1135 من القانون المدني الفرنسي، و نجد أنفسنا شيئا فشيئا فيما عرضته النظرية التقليدية ، أما اذا قلنا بالعكس، أي بإبعاد هذه القواعد نجب أن نبعد أيضا الارادة المشتركة للاطراف وكذا القانون و قواعد العدالة ولكن أي فقه ، أو أي ذوق فقهي يقبل هذا ؟ ". (56)

والحقيقة يجب أن تمنح سلطة عامة للعقود الادارية التي من فئة عقد الاذعان وسلطة تنظيمية لعقد الاذعان الذي من القانون الخاص . لذلك يضيف ديرو قائلا : " الحقيقة أن كل عقود الاذعان من القانون الخاص و من القانون الاداري ، وكذا

---

(55) — ديرو . المقالة السابقة ص506 ، وملاحظة هوريو التي أشار اليها .

(56) — ديرو المقالة السابقة ص511 .

كل العقود الواردة على التسيير (التي تقابل تصرفات السلطة العامة) محكومة بمبادئ القانون المدني فيما يخص الالتزامات الاتفاقية (التعاقدية).

ان القضاء مستقر على هذا المفهوم ، لذلك اذا رجعنا الى أحكام القضاء المدني فإننا نجد سلسلة من الاحكام المتعلقة بالعقد ، سواء كان عقد تأمين أو نقل بواسطة السكة الحديدية فاننا نجدها مؤسسة على الارادة المشتركة للاطراف المتعاقدة ". (57)

والقضاة ، لا يعطون أهمية للنظرية غير العقدية حتى بمحاولة تنفيذها أو على الاقل ذكرها ، أليس هذا دليلا قاطعا على أنها لا تستجيب للاحتياجات العملية ؟

وهكذا استخلص أصحاب النظرية التي تقول بالصفة التعاقدية لعقد الاذعان عدم جدوى النظرية التي تقول بأنه ليس عقدا، وكذا خطورتها . اذا كانت تهدف الى الوصول الى اعطاء فعالية قانونية للارادة المنفردة واعطاء سلطة تنظيمية للمؤسسات الخاصة وذلك خلافا للادارة العامة (Adminidtration publique) فان لها سلطة عامة، ويمكن اعطاؤها سلطة تنظيمية على هذا الاساس.

المبحث الثاني : النظرية القائلة بأن عقد الاذعان مركز منظم" I nstitution"

وهذا الفريق الذي ينكر وصف العقد على الاذعان يرى فيه مركزا قانونيا منظما تنشئه ارادة منفردة يصدرها الموجب فتكون بمثابة قانون أو لائحة تحكم تفسير العملية وتطبيقها . وينكرون وجود عقد الاذعان انطلاقا من أن العقد يفترض التساوي بين الأطراف ، وحرية المفاوضة بينما في عقد الاذعان يوجد من جهة عدم المساواة بين المتعاقدين كوضع المنشأة بالنسبة للعامل ولا توجد مساهمة أو مشاركة للطرفين في وضع الشروط واعدادها التي تنطبق عليها الارادة من جهة أخرى .

---

(57) — انظر في هذا الصدد خاصة — نقض مدني 15 يناير 1906.

" واطرد القضاء على أن النظام الاساسي للمصنع لا يلزم العامل الا اذا كان على دراية كافية به ".

وهذه المصطلحات هي التي أدت بالمناصرين للنظرية العقدية الى تقريب عقد الاذعان من " المراكز القانونية المنظمة " أي الى التصرفات التي يحكمها القانون العام والتي بمقتضاها تقرر السلطة العامة منفردة تطبيق قواعد وشروط معينة تفرضها على الأفراد .

ومن هنا يجب أن يفسر الاذعان ، كما يفسر القانون أو اللائحة ، وأن يطبق تطبيقا تراعى فيه مقتضيات العدالة وحسن النية ، وينظر فيه الى ما تستلزمه الروابط الاقتصادية التي وضع لتنظيمها .

وقد ذهب البعض الآخر الى القول بأن عقد الاذعان لا يعدو أن يكون تصرفا تنظيميا .

وهؤلاء هم المغالون المتطرفون اذ أن تلك المنشآت الجماعية بكثرة عدد أعوانها وزبائنها وبالمصلحة والفوائد الكثيرة التي تحققها تشبه الى حد كبير المرافق الادارية العامة وخاصة بواسطة " سلطاتها التنظيمية" فيجوز على رئيس المنشأة الذى هو مدعو أيضا الى تحقيق مصالح حقيقية للجمهور أن تكون له سلطة عامة عن طريق " عقد الاذعان " الذى تظهر بحدوده في مستوى ميدان القانون العام . (58).

أما الاذعان فليس من شأنه أن يغير من طبيعة هذا المركز لأنه لا يخلق الالتزام وانما يجعله منتجا فقط .

وعلى هذه الاسس المشتركة ترتكز عدة اتجاهات فكرية مختلفة تبناها أغلب الفقهاء المتخصصين في القانون العام أمثال هوريو ودوجي ودوريو متبعين في ذلك رأى الاستاذ "سالي" وهو من فقهاء القانون المدني ونذكر رأى كل منهم فيما يلي :

I — طبيعة عقد الاذعان عند " سالي " Raymon. Saleills " لقد كرس هذا الفقيه جهوده في العمل على توضيح فكرة التعبير عن الارادة المنفردة في كتابه " التعبير عن الارادة "(59).

---

(58) ر . فكر سالي في مؤلفه (الالتزامات في القانون الألماني) ص. 223.

(59) - Saleills : de la declaration de volonté 1901. P.229 et 230.

وقد ذهب الى أن عقد الاذعان يبرز الاعتراف بالقوة الملزمة التي من الممكن أن تنتج عن التعبير بالارادة المنفردة . وقد كتب " سالي " بأن " عقد الاذعان " المزعوم ليس له من العقد سوى الاسم لأنه في الواقع تغليب محض لإرادة واحدة تملي قانونها على مجموعة غير محددة وتلزم مسبقا انضمام كل من يرغب في قبول قانون العقد ." . (60)

وحسب رأيه فإن القيمة القانونية " لعقد الاذعان " لا تجد مصدرها في التوافق الارادى ، ولكن في الارادة المنفردة لمحرر العقد ومنشئه ، وانضمام الطرف الآخر لا يأتي كعنصر منشيء وضروري للتصرف فهو لا يتعلق بتكوينه ولا يتعدى كونه مكملا لشرط موضوع للتنفيذ من المنشيء ذاته .

فمصدر الرابطة والعلاقة القانونية تجد نفسها في الارادة المنفردة لمحرر العقد لأن هذا الاخير هو الذى خلق قانونها ، وهو مولد الرابطة القانونية التي تجمع المذعن وذلك تحت شرط اذعان الاطراف الاخرى ، ولعل هذا هو الذى أدى بسالي الى التمسك بـ :

ـ أنه من غير المجدي البحث بالعناية التي يوليها القضاء ، ذلك لأن التقنين لم يذكر عقد الاذعان ، بل إن القضاء هو الذى كان يعطي له تفسيرات عديدة كما سنرى ، الذي يحقق النظرية العقدية اذا ما كان المذعن على علم بشروط العقد أم لا اذ يكفي أنه من المفروض أن يعلم وقد تبعه في ذلك بعض الفقهاء (61).

ـ ان تفسير عقد الاذعان يجب أن يخرج عن القواعد العامة لتفسير

---

(60) ـ انظر في هذا المعنى أيضا دولا ، عقود الاذعان . باريس 1905 . ص133 . وما بعدها .
- Dollat, les contrats d'adhesion paris 1905. pp. 133 et suiv.

(61) ـ أنظر في هذا المعنى الدكتور الشيتي في رسالته (في تكوين العقد وتفسيره في القانون المصرى الجديد) والتي تقدم بها الى معهد القانون المقارن بباريس 1949 وقد أشار اليها .

العقود لأن هذه الأخيرة تفسر بالبحث عما اتجهت اليه ارادة العاقدين المشتركة، لكننا هنا لا نجد ارادة مشتركة ، وبالتالي يجب الاعتداد بارادة محرر العقد " أي الارادة المنفردة " كما هو الحال بالنسبة لقواعد القانون اذ يبحث فيها القاضي عما اتجهت اليه نية المشرع .

وكما يقول سالي ، اننا لا نبحث عن ارادة المحكومين عند تفسير القانون فنرجحها ، نفس الشيء بالنسبة " لعقد الاذعان " فاننا لا نبحث عن ارادة المنضمين (الزبناء) ولا نعتد بها ، و نأخذ فقط بإرادة محرر العقد الذي يعتبر مركزه كمركز المشرع هنا ، وتكون ارادته هي القاعدة في التفسير.

فحسب "سالي" لا يوجد توافق الارادتين مادام الأمر على هذه الصورة فإن " عقد الاذعان " المزعوم ليس عقدا .

2 — رأي ليون ديجي " Léon Duguit "

و هو من فقهاء القانون العام ، وقد أخذ برأي مشابه لـ" سالي " ، فعنده أن " عقود الاذعان " هي شكل من أشكال التصرف بالارادة المنفردة ، و القيمة القانونية لهذا التصرف لا تكمن في الارادة المنفردة في حد ذاتها كما يرى سالي ولكنه يأتي بفكرة أساسية سواء في القانون العام أو الخاص على أساس أن الارادة لا تخلق القانون، وانما الذي يخلق القانون هي المنفعة العامة التي يطلق عليها " الضرورات الاجتماعية ".(62)

فعند مطابقة الارادة للضرورات الاجتماعية يمكن أن تستقي قيمتها القانونية.

عند انشاء مؤسسة للنقل ،أو شركة للتأمين ،فان الفرد يقرر حالة واقعية، واذا كانت هذه الحالة الواقعية مطابقة للضرورات الاجتماعية التي تشترط لتنمية تلك المنشآت أو المؤسسات فان الفرد الذي هو السيد يستطيع أن يقترح القواعد

(62) - Léon Duguit - l'Etat et le droit objectif P.P.55,432
- les transformations de droit privé PP 115 et suiv.

— ديجي، الدولة و القانون الموضوعي ص55 ،432 .
و أيضا مؤلفه ، تحولات القانون الخاص ص115 و مابعدها .

الضرورية لتنظيمها وتنمية تلك الحالة الواقعية ، وتصبح تلك القواعد من القانون الموضوعي ، ولكن الذى يعطي أو يكسب تلك الأحكام قيمة قانونية وصبغتها كقواعد قانونية ليست ارادة رئيس المنشأة ، ولكن مدى مطابقة تلك الارادة للضرورات الاجتماعية ، وفي هذه الحالة فان انضمام العميل يصبح هو الشرط لتطبيق هذا القانون الموضوعي . ويلتج عن هذا القول أن تفسير عقد الاذعان لا يتوقف على ارادة محرر العقد ، بل ان التفسير الذى يجب أن يذهب اليه القاضي يقترب من ذلك التفسير الذى يفترضه عندما يتعلق الامر بتفسير اللوائح الادارية .

فالقاضي يجب أن يأخذ بعين الاعتبار ، الى حد ما ، ارادة محرر اللائحة ومحددها ، ولكنه ملزم أن يأخذ بعين الاعتبار وقبل كل شيء ضرورات التوفيق للصالح العام وفوائد المجموعة أو المرافق العامة ومصالح المواطنين كأفراد .

انه من الضروري من أجل تحسين مرفق سواء كان عاما أو خاصا ، أن يتقدم أحد الأطراف ويعد تنظيما له شريطة أن يستوحي من ضرورة المحافظة على الصالح العام .

وليس له أن يملي شروطا بهدف أناني محض أو بقصد الاستغلال لأحد الاطراف .

واذا كان صاحب المنشأة الخاصة لم يراع قبل كل شيء مصلحة المرفق فانه يكون بذلك قد ارتكب شيئا يقترب من تجاوز السلطة في القانون الادارى .

وفي نظر ديجي وهو ما أخذت به القوانين الحديثة فان على القاضي بالضرورة أن يتدخل لازالة الشروط التعسفية أو المشددة ولا شك أن المشرع الجزائرى يعتبر متفقا مع هذا الرأى من حيث نتيجته ، وهي التدخل لازالة الشروط التعسفية بمقتضى نص المادة 110 م.ج ، لكنه يختلف عنه من حيث تكييف طبيعة عقد الاذعان ، لان المشرع الجزائرى عندما

.../...

أخذ بتدخل القاضي لإزالة الشروط التعسفية قائما على أساس مبدأ عام أخذ به و هو نظرية التعسف في استعمال الحق .

3 ــ رأي الفقيه هوريو " Hauriou ".

و قد اتبع رأي الفقيهين السابقين الفقيه هوريو فعقد الاذعان عنده ليس سوى مركز قانوني يتميز باستقلال مقدم السلعة أو الخدمة في وضع أحكامها ، بحيث يقتصر دور المشتري على سريان هذه الأحكام عليه .

اذ أن العقد توافق ارادتين تبين عن حرية و اختيار ، أما هنا فالقبول مجرد اذعان و خضوع ، " فعقد الاذعان " أقرب الى أن يكون نظاما أخذت شركات الاحتكار الناس باتباعه ولذا يجب أن يفسر كما يفسر القانون ، و تراعى في تطبيقه مقتضيات العدالة و حسن النية ، و ينظر فيه الى ما تستلزمه الروابط الاقتصادية التي وضع لتنظيمها . (62)

و قد تبع هوريو الاستاذ ديموج س أن عقد الاذعان هو مركز قانوني منظم " Institution " ، و يجب أن يعنى في تطبيقه بصالح العمل أولا ثم بما يستحق الحماية من كل من طرفي العقد ثانيا (63)

و يرى مناصرو النظرية غير العقدية التي هي الاتجاه لدى فقهاء القانون العام ، أن عقد الاذعان هو في الحقيقة تصرف بارادة منفردة ، و أن الانضمام اليه يبعد كل البعد عن أن يغير من طبيعته و يجعله تصرفا من الجانبين ، و يقول ديرو : عندما يكون القطار على سكة الحديد ينتظر صفارة رئيس المحطة فان الاذن بالتحرك لا يعني أبدا مشاركة الصفارة في انشاء الحركة (64).

---

(62) مكرر ــ مقالة السيد هوريو . 1908 ، 3 ، 19.

- Note de M.Hauriou, s. 1908.3.19. (col 1 et 3).

" c'est la volenté reglomentaire seul qui compte au point de vue de l'interpretation. c'est elle seule aussi qui compte au point de la compétence du guge et au point de vue de la nature du recours qui peuvent être intentés."

(63) ــ د السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني حـ 1 نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام). ط 1964 ص 247.

(64) ــ ديرو . المقالة السابق الاشارة اليها ص 512.

غير أن هذا التشبيه غير سديد وقد غفل عن ذهن واضعه أن القبول عمل قانوني وليس عملا ماديا .

ويضيف ديرو : " اذا ما رغبنا في مقارنة تكون أكثر قانونية فاننا نأخذ بالمقارنة التالية :

أن القانون لا يشرع في تطبيقه الا بعد مصادقة رئيس الجمهورية عليه ، فهل نستطيع القول : إن القانون الذى صادق عليه الرئيس صادر عن ارادتين ، ارادة المجلس الشعبي الوطني (البرلمان) ورئيس الدولة ؟

ان المصادقة على القانون هي مجرد إعطاء اشارة للتنفيذ ، فهي ضرورية قبل الإصدار ، وتصبح بعده مسألة عابرة وفرعية ، لذلك فان الآثار التي يرتبها القانون لا تكون الا وفقا لما أراده المجلس (السلطة التشريعية).

ومع أننا لا نشاطر رأي الفقيه في اعتبار مصادقة رئيس الجمهورية على التشريع مسألة شكلية ، ذلك أن تلك المصادقة هي جزء من عملية وضع التشريع ، لذلك فهي ترتب آثارا من حيث التطبيق والسريان ... الخ . الا أننا نوافقه في أن القاضي المفسر للنصوص التشريعية لا يبحث عن نية رئيس الدولة الذى صادق على القانون ، ولكن يبحث فقط عن ارادة المشرع الذي أعده ، كذلك عقد الاذعان يرى فيه أنصار هذه النظرية أنه نتاج محض لارادة الموجب الذى قدمه الى الجمهور ، ولكي يكون قابلا للتنفيذ لابد أن يكون محلا للاذعان ، اذعان حر وواع ، كما هو الشأن بالنسبة للمصادقة على القانون ، فصحة الاذعان لم تستبعد الا أنها تحولت من ضرورية الى فرعية ، وآثار العقد تحددها ارادة الشخص الحقيقي لمعد العقد .

ونورد بعض الحجج التي تسند هذه النظرية :

1 — يرى " ديجي " أن مفهوم العقد يفرض المساواة في الاحوال ما بين المتعاقدين (65) ، وهذا هو الاتجاه العام في القانون المدني الذى عالج العديد من العقود التي تتضمن شروطا تعاقدية ليس فيها مساواة بين أطرافها

---

(65) ديجي ، المرجع السابق ص 298 .

كما هو الحال بالنسبة لعقود الشركات، تنص المادة 426 مدني جزائري على أنه اذا وقع الاتفاق على أن أحد الشركاء لا يسهم في أرباح الشركة ولا في خسائرها كان عقد الشركة باطلا .

ويجوز الاتفاق على إعفاء الشريك الذى لم يقدم سوى عمله من كل مساهمة في الخسائر على شرط الا يكون قد قررت له أجرة ثمن عمله ، وتقابلها المادة 1855 م فرنسي وكذا بالنسبة لحق الفسخ بالنسبة للغبن الزائد بنسبة 7/12 في بيع العقارات في القانون المدني الفرنسي ، وفي دعوى تكملة الثمن في القانون المدني الجزائرى فتنص المادة 358 م ج على أنه : " اذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن الى أربعة أخماس ثمن المثل .

ويجب لتقدير ما اذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع .

إن القانون المدني في نظر الفقهاء أصحاب النظرية غير العقدية قد وضع عراقيل أمام العقود التي لا تكون أطرافها متساوية ، وهذه النتيجة واردة في الاوضاع التي يعتبرونها عقد اذعان .

ففي هذه الاخيرة اذا ما وازنا بين أطرافها فاننا نجد أبسط الاشخاص منهم من له دراية بالاعمال ومنهم ذو الحاجة ومرات أخرى أميين بينما الطرف الآخر مؤسسات للتأمين ذات مصالح و محامين كبار و رؤوس أموال تعد بالملايين أو أرباب مصانع كبرى تحت سلطتهم جيوش حقيقية من العمال والآلات أو شركات أخرى يفوق رأسمالها ميزانية بعض الدول، أو أيضا الدولة نفسها ، وهي مصدر كل القوانين الوضعية فهذه السلطة لا يمكن أن تكون محدودة بارادة فرد معين فهل يمكن أن يكون ما يجريه الفرد معها عقودا حقيقية تعتمد على الارادة المشتركة ؟

.../...

و هل منا من ينكر ضرورة تواجد بعض المساواة بين المتعاقدين ؟

انه على الاقل يجب أن نعترف بأن العقد يفترض بالضرورة ارادات حقيقية جديرة بهذا الاسم ، أي ارادات حرة و واعية ، ففي نظام المصنع "reglement d'atelie" مثلا هل يقبله العامل بارادة حرة و واعية ؟

ان الفقيه "Aubert valleroux" و هو أحد مشاطرى النظرية العقدية يقول في احد مقالاته : " انه محرر من طرف رئيس المصنع ، وفي بعض الاحيان ، و تلقائيا يستشار عماله و يلصق المطبوعات في المصنع و يفترض أن كل عامل دخل المصنع يعتبر قد قبل ضمنيا ، أي أن العقد يشكل بالقبول الضمني " (66).

فالعامل قد دخل المصنع و لم يقرأ بعد النظام الاساسي المعلق بداخله ، و لم يخطر حتى بوجوده ، فعند دخوله لأول مرة لا يجد نفسا في قراءة كل المطبوعات (الملصقات) ، ولكي تستقيم النظرية العقدية لابد أن يكون قد قرأ كل الملصقات بارادة واعية و حرة ، و قد يخالف العامل في تلك اللحظات حكما من أحكام تلك الملصقات فيبادره رب العمل بتسليط غرامات قد تعادل خدمة 15 أو 20 يوما ، حتى ولو كان الخطأ بسيطا ، أو بتأخير دفع أجرته (67).

و يقول ديرو بشأن تطبيق نظام المصنع على العامل :

" ان العامل الذى لم يحس بوجود هذه الملصقات لا يمكن اعتبار جهله بأحكامها ارادة منه ، و بالتالي فإنه لا يمكن افتراض قبوله بها ، اذ من الغرابة أن توجد ارادة تجهل نفسها " (68).

---

(66) — فاليرو ، مجلة الاقتصاد السياسي 1901 ص 891 . نقلا عن ديرو ، المقالة السابقة ص 515

- M. Hubert valeroux, revue d'économie politique 1901. P. 891. " Rédigés par le ch[ef] d'industrie, qui, parfois, et a titre absolument gracieux et spontané, consulte [le] personnel, ils sont imprimé et affichés dans l'atelier, et chaque ouvrier est pr[ésumé] par le fait de son entrée, les avoir acceptés. C'est par cette acceptation tacit[e] qui se forme le contrat."

(67) — كايو مشكلة نظام المصنع بفرنسا ، مجلة الاقتصاد السياسي 1901 ص 891 . نقلا عن ديرو المقالة السابقة ص 515

- Cailleux, la question des reglements d'atelier en france. Revue d'economie politi[que] 1901 .P.891.

(68) — ديرو . المقالة المشار اليها سابقا ص 515 .

ويجيب أصحاب النظرية العقدية بأنهم قد اعترفوا لقاضي الموضوع بسلطة ابعاد نظام المصنع عند اللزوم أي عند عدم علم العامل به الا أن ديرو يعلق على ذلك بأن هذا الدور التصحيحي غير كاف لانه حتى وان تمت مراعاة ذلك فإنه يحكم بعدم استجابة العامل الى حاجيات عملية لأن العامل عند دخوله في أغلب الأحيان لا يقرأ النظام، وحتى لو اتخذ رب العمل الاحتياطات اللازمة كأن يجعل العامل يوقع على نسخة من نظام المصنع في الوقت الذي يقبل العمل، فإن هذه النسخة الموقعة تكون في ظروف لا تتيح للعامل طبعاً أن يقرأها في البداية على أمل أنه يستطيع قراءتها بعد ذلك، ولكن يكون الامر قد انتهى فالعقد قد انعقد، ويستحيل عليه عندئذ اضافة شروط جديدة الا بمقتضى عقد آخر، والا استطعنا القول بأن المرور المتكرر للعامل على ملصقات ليس ملزماً بقراءتها كاف بأن يكون هذا العقد الجديد وهذا التبادل الجديد في الرضا؟

لذا يذهب أصحاب النظرية غير العقدية الى أن ذلك التصور غير معقول، واذا لم نقبله فان صحة نظام المصنع لا ترتكز على ارادة رب العمل وارادة العامل، وبعبارة أخرى فان النظرية القائلة بأنه عقد تدفعنا الى الاعتراف بوجود عقد وهمي أو الى انكار الاحتياجات العملية.

ونستطيع أن نحقق ذلك في مختلف عقود الاذعان، فنتساءل مثلا عن آثار الشروط المطبوعة على تذاكر النقل البحري فنجد أن المحاكم تحت تأثير الفقه التقليدي قد قبلت بأن هذه الشروط لا يحتج بها على المسافرين الذين لم تتح لهم امكانية قراءتها أثناء أخذهم التذاكر. (69).

غير أن الاحتياجات العملية يجب حتما أن تؤدي الى تغيير موقف القضاء الذي قبل هذا الوضع " فيما عدا حالتي الغش والتدليس، اذ يعتبر أخذ المسافر للتذكرة وهو على هذا الوضع قبولاً للشروط المطبوعة" (70).

---

(69) — ديرو، المقالة السابقة ص516 هو الحكم الذي أشار اليه لمحكمة دواي 17 مارس 1847.
- Douai 17 mars 1847. S. 1847.2.207.

(70) — عن ديرو، نفس المقالة والصفحة محكمة النقض الفرنسية 16 مارس 1896.
- Cass. Civ 16 mars 1896. pond . France . 1897. 1. 40

فهذا القضاء سليم، ولكن كيف يمكن ربطه بالنظرية غير العقدية ؟

كيف نفرض كما تقتضي النظرية العقدية بأن المسافر قد قبل تلك الشروط المطبوعة بارادة حرة وواعية ؟ اننا لا يمكن أن نجهل الواقع ونتناسى كيف تحدث فيه هذه الاشياء .

فعندما يرغب شخص في السفر فإنه يتقدم الى شباك التذاكر ويجد نفسه أمام استحالة مادية لإجراء مناقشات مع بائع التذاكر لأنه بمجرد أن يحدد المكان الذي يتجه اليه ينطبق عليه ثمنا محددا، وتكون التذكرة أمامه ، اذا لم يقبل بعد ذلك بعض الشروط فان العقد يكون قد انعقد . ان هذا المثال الذي أورده ديرو ، رغم تحمسه للارادة المنفردة الا أننا نجد في نفس التعبير ردا في قوله " اذا لم يقبل بعض الشروط فإن العقد يكون قد انعقد " .

وهذا ما يؤدي بنا الى القول بأن مجرد تقدم المواطن للانضمام الى الايجاب يعتبر قبولا ينعقد به عقد حقيقي ، ونستخلص من ذلك على العكس من ديرو أن المسافر قد قبل حقيقة شروط التعاقد .

ويضيف أنصار النظرية القائلة بأن عقد الاذعان هو مركز قانوني منظم مثالا آخر مفاده " كيف يعقل أن المؤمن له يقبل بإرادة حرة وواعية كل محتوى بوليصة التأمين التي تحتوي على أوراق عديدة ، وصفحاتها مطبوعة وبخط رقيق ، وبأسلوب صعب ، والتزاماته المفروضة عليه عديدة يكاد احترامها يكون مستحيلا ، وكل شروط السقوط التي تصنع دون نهاية المؤمن له تحت تقدير الطرف الآخر ، وان كان المؤمنون أنفسهم لا يجرؤون دائما على اظهار الحقوق المخصصة لهم تخوفا من تثبيط عزيمة الجمهور . (71)

---

(71) — ديرو المقالة السابقة والمراجع التي أشار اليها في ص518 وهي :

- Gouionin- Les causes de déchéances dans les polices d'assurance contre l'incendie [illegible]
  - le compte rendu de la seance de la société d'études législatives du 25 mai 1905 (Bulletin de la société nº 6) V. egalement . Etude de G. Derreux. de l'interprotation des actes juridiques privés 1905.PP.168 à 174 et 187à 1

ونحن نرى غرابة هذا المثال اذ لا يشك أحد من الفقهاء في أن التأمين عقد ، وتقسيماته هي أيضا تشكل عقودا كعقد التأمين البرى والبحرى... الخ . وهي تابعة لهذا العقد الأصلي ، ثم ان التشريعات المختلفة ، ومنها التشريع الجزائرى سواء في التقنين المدني أو في التقنين الخاص بالتأمين، تتحدث عن عقد التأمين وتحدد له تعريفا .

وعن النقل بالسكك الحديدية فإنه يستدعي ملاحظات خاصة عند أنصار النظرية غير العقدية ، اذ أن التفاوض الحر بين المؤسسة وعميلها لا تصطدم فقط باستحالة مادية ، ولكن أيضا تصطدم باستحالة قانونية في بعض البلدان كألمانيا حلا التي تنص فيها المادة 453 من القانون التجارى الألماني على أنه : " لا يمكن للسكة الحديدية التي توفر خدماتها للجمهور، فيما يخص نقل البضائع، أن ترفض نقل البضائع الى محطة معينة من محطات ألمانيا الخاصة بنقل البضائع شريطة أن يخضع المرسل الى شروط النقل والاحكام العامة التي تأمر بها السكة الحديدية". (72)

أما الاسعار المتجانسة فلها في الواقع قوة ملزمة ، ويذهب سدى الاتفاق الذى يتم بين العميل والهيئة فيما يخص التخلي عن بعض الشروط ، فهذه تبقى جزءا لا يتجزأ من العقد المبرم فتطبق رغم عدم قبول الزبون لها قبولا حقيقيا .

ونفس الاعتبارات يمكن الاخذ بها فيما يخص تسعيرة البريد ، أو الغاز أو أي عرض يقدمه شخص معنوي خاص وذو نفع عام ، فهو يقترب بذلك من العقود الادارية ، تلك التي تكون الدولة طرفا فيها ، والتي مبناها الاذعان، لأن للادارة سلطة ليست محل جدال . فعقودها محدودة بقوانين و لوائح ، وهذه القوانين وتلك اللوائح تدمج بالاتفاق بصورة غير قابلة للفسخ وتضفي عليها صفة السلطة العامة ، وبالتالي التصرف بالارادة المنفردة .

غير أن أصحاب النظرية غير العقدية يبرزون أنه اذا كان أرباب العمل في الصناعات الكبرى ، أو هيئات التأمين ، أو المرافق العامة لا يرغبون في مناقشة شروط

— (72)
- Art .453 du code de commerce Allemand " un chemin de fer servant au public pour le transport de marchandises ne peut refuser d'entreprendre les transports à une station située dans l'empire d'allemagne et organisée par le transport des marchandises a la condition que : 1° l'expedition se soumettra au condition de transport et aux mesures generales ordonnées par le chemin de fer"

العقد مع كل فرد على حده فان ذلك له ما يبرره ، لأنهم وضعوا الشـــروط للكافـة ولاستحالة مثل تلك المناقشـة . فلو كان على رأس مصنع يدوي رجل محســن خيـر ، قـرر أن يتناقش مع كل العمال واحدا واحـدا في تفاصيل نظام المصنع فإنـــه لا يخرج الا بنظام يقضي على المصنع و يوءدي بـه الى الافـلاس.

نفس الشيء بالنسبة للتأمين فهو عقد يفترض بالضرورة مجموعة كبيرة مــــن الاشخاص يخضعـون لنفس الخطر ، كيف نتصـور اذا كانت البوليصـة محـررة على أساس وضع شخص معيـن ؟ انهـا سوف تتأثر به بدون شك فنكـون بذلك أمام عقد و لكنـــه ليس عقد تأميـن بل عقد رهان حقيقـي ، ذلك لأن عقد التأمين موءسس على الاحصائيات و على قانون العدد الاكبـر ، لذا فانـه يدوس على الارادات الفرديـة و يكون بذلـــك عقداً بارادة منفـردة هـي ارادة الموءمـــــن . (73)

---

(73) ـــ يقول ديــرو :

- Derreux . R.T.D. CIV. 1910.P.519

" La veritable assurance est fondée sur la statistique, sur la loi des grands nombres, elle doit donc fouler aux pieds les volontés individuelles, et être un acte unilatéral de l'assureur ou ne pas être."

المذهب الوسط

توجد ما بين الرأيين السابقين آراء وسطى تختلف بحسب ما يرى أصحابها في عقد الاذعان من قدر تعاقدي أو غير تعاقدي ، فمنها ما يقترب من الرأى الأول فيرى أن عقد الاذعان ينطوى على خدمة خاصة ذات منفعة عامة وان كان يخلع عليه وصف العقد كما ذهب الى ذلك ديموج (74).

ومنها ما يقف في منتصف الطريق بين الفكرتين السابقتين التعاقدية وغير التعاقدية فيعتبر عقد الاذعان خليطا من جزئين أحدهما تعاقدى والآخر لائحي وهو رأى الاستاذ جونو (75).

وقد اتبع رأى جونو الفقيه لويس لوكا . (76) .

ومنها ما يقرب من الفكرة التعاقدية فيفرق في العقد بين الشروط الجوهرية والتبعية وهو الاستاذ ديرو ، فيقول: " اننا في الواقع نعتقد في المبدأ القائل بعقدية الاذعان ، ولكن ليس على الصورة التي وضعها الفقه التقليدى في الاعتداد بالارادة الحقيقية للطرفين ولكننا قد انقدنا الى اعتبار العقود التي تتم بطريقة الاذعان بنوعين من الشروط :

الشروط الاساسية (الضرورية أو الجوهرية) وهذه غالبا ما يتفق عليها الطرفان ، وتكون اما مشافهة أو بالكتابة .

والشروط الثانوية أو التبعية وتلك هي الشروط المطبوعة .

فالشروط الجوهرية في أغلب الاحيان يقبلها المتعاقد بحرية ، أما التبعية فاذا ما أخذناها بحرفيتها فإننا نعتبرها مكملة للالتزامات الاساسية الناتجة عن الشروط الجوهرية المقدمة ، ولا نجعلها ترقى

---

(74) — د عبد المنعم فرج الصده ، نظرية العقد ط 1974 بند 83 دار النهضة العربية بيروت.

(75) — جونو . مبدأ سلطان الارادة ، رسالة من جامعة ديجون 1912 ص227 ـ 303 .

- Gouionien : Le principe de l'autonomie de la volonté. Thèse. Dijon 1912.PP.227-30

(76) — لويس لوكا . رسالة في الارادة والسبب جامعة ديجون 1918 ص250 وما بعدها .

الى مستوى يغير أو يعدل من طبيعة وجوهر العقد " (77).

ونحن لا نوافق رأى الفقيه " ديرو" في أن الشروط الجوهرية هي التي تكون مخطوطة أو مشافهة ، بل أن أغلب الشروط الجوهرية تكون مطبوعة في عصرنا الحاضر وكان رأيه صحيحا ينطبق على عصره (1910) . اذ لم تكن العقود النموذجية قد تطورت بعد ، أما ونحن في النصف الثاني من القرن العشرين فان الوضع يختلف ، فشروط العقد الجوهرية في أغلب عقود الاذعان مطبوعة وهذا لا يعني عدم اضافة شروط جوهرية مكتوبة ولكنها غالبا ماتكون على سبيل الاضافة أو التعديل .

وما يدعم رأينا هذا ما ذهب اليه القضاء الانجليزى من أن اضافة الشرط يجب أن يكتب بحبر أحمر ، وما ذهب اليه القضاء الامريكي من جعل خط أحمر تحت كل شرط مضاف .

هذا وان التساؤل المطروح عن طبيعة عقد الاذعان لئن كان في الاراء التي تناولت طبيعته القانونية قد أنصب على عقدية الاذعان ،أو عدم عقديته ، الا أنه يمكن أيضا التساؤل عن مدى طبيعة العقد ونوعه أهو أحيانا عقد خاص وأحيانا عقد ادارى وتتغير طبيعته حسب ما اذا كان خاصا أو اداريا ؟

ان نظرة بسيطة عابرة لمعيار العقد الادارى سوف تعطينا الاجابة عن هذا التساؤل . فعقود الاذعان نظرا لتوسع مجالها ولكونها لا تختلف عن سائر العقود قد تكون عقودا ادارية أحيانا ، وقد تكون عقودا خاصة مدنية أو تجارية أحيانا أخرى.

---

(77) — ديرو المقالة المشار اليها سابقا .ص526 اذ يقول :

- " Cela posé, la doctine que nous croyons juste est en principe contractuelle. Mais à la difference des auteurs classiques nous nous effecons d'éliminer de cette ma[illegible] toute fiction, de ne tenir compte que des volontés réels des parties , nous sommes aussi conduit à considerer dans les contrats par adhésion deux sortes de clauses : les clauses essentielles, qui sont géneralement verbales ou manuscrites et les clauses accessoires qui sont géneralement imprimées.
La plupart du temps les deux parties acceptent sciement et librement les clauses essentielles.

ومع أن الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر قد اختلفا في معيار تحديد العقد الاداري، الا أنه يمكن اجمالا القول بنوعين من العقود الادارية :

1 — العقود الادارية بتحديد القانون، وهي التي أدرجها المشرع في اختصاص القضاء الاداري في فرنسا سواء في اختصاص مجالس الولايات " les conseils de prefectures " التي أصبح الآن يطلق عليها اسم المحاكم الادارية الاقليمية أو في اختصاص مجلس الدولة، ولما كان هذا الأخير يطبق قواعد القانون العام فقد ترتب على ذلك أن اعتبرت تلك العقود عقودا ادارية بتحديد القانون. وذلك كعقد الاشغال العامة، فهو من أوائل العقود الادارية بتحديد القانون، مع أن النظرة الحالية تؤكد أن هذا العقد أضحى من العقود الادارية بطبيعته.

وقد يكون العقد الذي نص على اختصاص القضاء الاداري بالفصل في المنازعات المتعلقة به من عقود القانون الخاص في كل الاحوال، وهنا نكون أمام فكرة العقد الاداري بتحديد القانون كما هو الحال في المنازعات المتعلقة بعقود بيع أملاك الدولة الخاصة الادارية.

هذا بالنسبة لفرنسا ومصر اللتين تعملان بازدواجية القضاء أي القضاء العادي والقضاء الاداري، اذ من الصعب التفرقة بين العقود الادارية والعقود المدنية وفقا لهذا المعيار.

أما في الجزائر ونظرا لعدم وجود قضاء مستقل اداري ومدني فإننا نجد مثلا المنازعات المتعلقة بعقد الاشغال العامة تطرح أمام الجهة القضائية التي تقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال (المادة 8 من قانون الاجراءات المدنية). وبالنسبة لعقد التوريد وأجور العمال أو الصناع يكون الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان الاتفاق أو تنفيذه، وذلك متى كان أحد الاطراف مقيما في ذلك المكان، (المادة 9 من قانون الاجراءات المدنية) (78).

---

(78) — قانون الاجراءات المدنية الجزائري الصادر بموجب الامر رقم 66—154 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ. الموافق 8 يونيو 1966. الجريدة الرسمية العدد 47 بتاريخ 9 يونيو 1966.

2 ـ المعيار القضائي في تمييز العقود الادارية (79)

لقد عرّف قضاء مجلس الدولة الفرنسي العقد الاداري بأنه " ذلك الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه ، وتظهر فيه نية الادارة في الأخذ بأحكام القانون العام ، وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطا استثنائية و غير مألوفة في القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الادارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام".

و يقوم المعيار كما هو واضح من التعريف على الأسس التالية :

-- أن تكون الادارة طرفا في العقد .

-- أن يتصل العقد بالمرفق العام .

ـ وسائل القانون العام بمعنى أن تتجه نية الادارة الى أسلوب القانون العام و تطبيقه، و عليه فإن عقود الاذعان طبقا للمعايير السابقة فإنه من الصعب القول عنها بأنها عقود ادارية ، أو عقود خاصة خالصة ، ذلك لانه وان كان يوجد في الجزائر قانون اداري و عقود ادارية بكل تأكيد ، فإنه لا يوجد قضاء اداري متميز عن القضاء العادي ، وبالتالي فلا تثار لديها مشكلة الاختصاص القضائي بذلكم القدر الذي هي عليه في مصر و فرنسا . و مع أن لديها غرفا ادارية على مستوى المجالس القضائية و المجلس الاعلى ، الأن العديد من العقود الادارية هي من اختصاص المحاكم الابتدائية.

هذا، وان كانت ملكية الدولة قد توسعت في اطار التطبيق الاشتراكي بواسطة تأميم أغلب المؤسسات الخاصة الحيوية ، الا أنها قد وضعته في صورة شركات أو مؤسسات تحت وصاية الدولة ، غير أن نظامها القانوني غالبا ما يخضع للقانون الخاص، و على الرغم من أنها تعتبر مرافق عامة الا أن روابطها بالمنتفعين يجعلها مرتبطة أكثر بالقانون الخاص (80) خاصة تلك الشركات ذات الطابع الاقتصادي كشركات الغاز و الكهرباء و السكك الحديدية و التأمين .

(79) ــ د . سليمان الطماوي . الاسس العامة للعقود الادارية ط 1975 دار الفكر العربي ص 50 .

(80) ــ فلاشو جورج النظام الاقتصادي والاداري للجزائر . الجزء الثاني 1973 ص 297 الشركة الوطنية للنشر و التوزيع.

- Georges S. Vlachos. Institutions administratives et economiques de l'Algérie. T.2. SNED.1973.P.297.

و تنص المادة الثانية من قانون الصفقات العمومية على أنه: " يجوز عدم تطبيق هذا القانون على عقود التأمين والنقل وتوريد الغاز والكهرباء والماء التي حددت قواعدها من قبل بموجب تنظيمات، الا أنه يجب أن تراعى هذه التعهدات التنظيم المطبق في موضوع الميزانية والمحاسبة.

ولا يجوز مبدئيا أن تبرم هذه الاتفاقيات الا مع المؤسسات العمومية باستثناء عقود النقل المبرمة بين الجماعات المشار اليها في المادة 191 من الأمر رقم 67 ـ 24 المؤرخ في 18 يناير 1967 والمتضمن القانون البلدي "(81).

وهكذا وبفضل تدخل الدولة في توجيه الحياة العامة والحفاظ على التطبيق السليم للخطة الاقتصادية فإنها انشأت ما يسمى بالعقود المبرمجة، وحصرت ميدانها في المؤسسات الاشتراكية أو الشركات ذات الاقتصاد المختلط ذات الاغلبية العمومية.

وهذا ما نصت عليه المادة 11 من الامر رقم 76 ـ 11 المؤرخ في 10 صفر عام 1396 هـ الموافق 20 فبراير 1976 والمتضمن تعديل الامر رقم 67 ـ 90 المؤرخ في 9 ربيع الأول عام 1387 الموافق 17 يونيو 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية.

وهكذا فإن العقود الموجهة التي أغلبها عقود اذعان قد أصبحت تذعن فيها المؤسسات العامة والشركات ذات الاقتصاد المختلط الى اجراءات يفرضها القانون والى تنظيمات خاصة تنشأ من طرف السلطات العامة حفاظا على المال العام وعلى خطة التنمية الشاملة خاصة في بلاد يسير نحو الاشتراكية كبلادنا.

---

(81) ـ قانون الصفقات العمومية الجزائري الامر رقم 67 ـ 90 المؤرخ في 9 ربيع الاول عام 1387 هـ الموافق 17 يونيو 1967. ويعرف هذا القانون في المادة الاولى معنى الصفقات العمومية بأنها " ان الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة تبرمها الدولة أو العمالات أو البلديات أو المؤسسات أو المكاتب العمومية قصد انجاز أشغال أو توريدات أو خدمات امتياز ضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون".

وبالتالي فإن مبدأ سلطان الإرادة الذي يحكم العقود تضيق دائرته ويتحول مفهومه تحت ظل المبادىء الاشتراكية فيراعي ظروف التطور الاقتصادي والاجتماعي والمادي للجماعة بإنشاء هذا النوع من القواعد القانونية المنظمة للعقد .

فطبيعة عقد الاذعان تختلف باختلاف ما اذا كنا بصدد عقد اداري أو مدني ، فالأول له أحكامه التنظيمية الخاصة به سواء في ابرامه أو في آثاره ، وبالتالي فإنه يمكن القول بأن النظرية القائلة بأنه مركز قانوني منظم تصدق على هذه العقود ، اذ يراعي فيها ما يخوله التشريع للادارات العامة من امتياز ، وأن عقد الاذعان الاداري يفسر وفقا للاحكام التي تضبطه .

أما الثاني فتحكمه القواعد العامة للقانون المدني ، الا ما ورد فيه نص خاص بخاصة تفسير العقد لصالح الطرف المذعن سواء كان دائنا أو مدينا ، وبالتالي فإن أحكام النظرية القائلة بأنه عقد تصدق على عقود الاذعان الخاصة .

وبذلك لا يوجد تعارض بين النظريتين ولكن لكل منهما تطبيقا ملائما لطبيعة التصرف الذي تحكمه .

المبحث الثالث : خصائص عقد الاذعان .

خصائص عقد الاذعان .

بالرجوع الى مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الجديد نجد أنها تجمع خصائص عقد الاذعان فتقول:" و تتميز عقود الاذعان من غيرها باجتماع مشخصات ثلاثة أولها تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الاولى بالنسبة المستهلكين أو المنتفعين .

و الثاني احتكار السلع أو المرافق احتكارا قانونيا أو فعليا أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها .

و الثالث توجيه عرض الانتفاع بهذه السلع أو المرافق الى الجمهور بشروط متماثلة على وجه الدوام بالنسبة لكل فئة منها .

و على هذا النحو تعتبر من عقود الاذعان تلك العقود التي يعقدها الافراد مع شركات الكهرباء و الغاز و المياه و السكك الحديدية أو مع مصالح البريد و التلفونات و التلغرافات أو مع شركات التأمين . " (32)

و لذلك نرى أن معظم الفقهاء في مصر يلخصون في مؤلفاتهم هذه الخصائص :

1 ــ أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين بصفة عامة أو المنتفعين بحيث لا يتصور استغناء هؤلاء عن هذه السلعة أو تلك الخدمة في حاجاتهم دون أن يلحقهم أذى أو مشقة .

2 ــ أن يكون الموجب محتكرا احتكارا قانونيا أو فعليا أو على الأقل مسيطرا سيطرة تجعل المنافسة على السلع و المرافق المحتكرة محدودة النطاق .

و هذه الخاصية كغيرها من الخصائص الأخرى تفترض عدم المساواة الاقتصادية و الاجتماعية بين المتعاقدين .

---

(32) ــ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج2 المادة 100 .

ويقول عبد المنعم فرج الصدة :" اذا كان الموجب يتمتع باحتكار قانوني فلا يجوز له أن يرفض القبول الذى يوجه اليه،اذ هو ملزم بالاستجابة لطلبات الجمهور بمقتضى عقد الالتزام بالشروط التي يحددها هذا العقد واذا كان يتمتع باحتكار فعلي فلا يحق له أن يرفض القبول الا لسبب مشروع والا كان متعسفا في هذا الرفض،وتترتب مسوءوليته ". (83)

واذا كان من حق الموجب كقاعدة عامة أن يرفض التعاقد الا أنه بالنسبة لمن يتمتع باحتكار قانوني أو فعلي ويرفض التعاقد لسبب مشروع فانه يقع تحت طائلة نص المادة 41 مدني جزائرى التي تنص على أنه يعتبر استعمال الحق تعسفيا في الاحوال التاليـة :

ـ اذا وقع بقصد الاضرار بالغير .

ـ اذا كان يرمي الى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة الى الضرر الناشئ للغير .

ـ اذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة .

وتقابل هذه المادة في القانون المصرى المادة الخامسة مدني .

فاذا كان الموجب قد رفض التعاقد ووجد عدم تناسب بين ما يعود عليه من نفع من الرفض وما يلحق الطرف الآخر من ضرر من جراء هذا الرفض وقعت عليه المسوءولية.

ويقول الكسندر ويل (Alex Weil) وفرانسوا تيرى (F. Terré) " أنه في عقد الاذعان لا توجد مساواة اقتصادية أو اجتماعية بين المتعاقدين، وهذا أساس ارتكازه ،اذ أن أحدهما يتمتع بأموال أو خدمات يرغب فيها الآخر ، ومن هنا يأتي تفوقه خاصة اذا كانت منشأته تتمتع باحتكار قانوني

---

(83) ـ د . عبد المنعم فرج الصده ، نظرية العقد ص 139 . (المرجع السابق).

أو فعلـــــي"(84) .

فهذه الخاصية كغيرها من الخصائص الاخرى الا أنها كادت تهيمن على عقد الاذعان، وهذه الهيمنة أو ذلك التفوق يزداد الى حده الاقصى عندما تتمتع المنشأة باحتكار السلعة أو الخدمة التي يحرص عليها توزيعها الى حد أن بعض الفقهاء يميلون الى تخصيص مفهوم عقد الاذعان كلما وجد الاحتكار الفعلي أو القانوني .

وهذا الاحتكار موجود فعلا ودائما فمثلا عندما نحتاج الى بعض السلع أو الخدمات فإننا نجد أنفسنا ملزمين بالتوجه الى الشركة صاحبة الاحتكار أو صاحبة الامتياز القانوني ، وقد يكون فعليا أو واقعيا فقط، فمثلا المفروض في العامل أنه حر في اختيار الشركة التي يرغب في العمل بها ؛ غير أنه قد توجد ظروف في الواقع تؤدى به الى التوجه الى شركة معينة بذاتها ، كأن يكون أحد العمال الفنيين قاطنا بلدة لا توجد بها سوى شركة واحدة تشغل الاختصاص الفني الحاصل عليه ذلك العامل، فلكي يوفق هذا الاخير بين مسؤوليته العائلية والعمل الفني فإنه يجد نفسه ملزما بالتوجه الى المؤسسة المذكورة راضخا ومذعنا الشروط التي يمليها عليه رب العمل دون أن يبحث عن نفس الاختصاص في بلدة أخرى اذ تبعده عن القيام بمسؤولياته وأعبائه العائلية (85) .

وهذا الاحتكار يضيق ويتسع مجاله وفقا للنظام السياسي الذى يتبعه البلد ففي البلدان الرأسمالية وان بدا أن استغلال المنشآت قائم على نظام

---

(84) ــ ويقول اليكس ويل وفرانسوا تيرى في مؤلفهما ــ القانون المدني ــ الالتزامات 1975 ص95.

- " Le contrat d'hadesion suppose une inégalité économique et sociale entre les deux contractants, telles que l'un d'eux est plus au moins maitre des biens ou desservice que l'autre peut désirer.
La superiorité est passé au degré maximum quand l'entreprise jouit d'un monopole pour les biens ou les services qu'elle se propose de fournir à tel point que certain auteurs inclisent à reserver la notion de contrat d'adhesion à cette hypothèse de monopole soit de droit soit de fait".

(85) ــ ويل وتيرى ، المرجع السابق ص95.

المنافسة الحرة، وموزع على شركات قد تكون خاصة أو عامة الا أننا نصادف الاحتكار الفعلي والقانوني .

أما في البلدان الاشتراكية فان احتكار معظم المرافق الحيوية في يد الدولة، ومع ذلك فإن الحماية التشريعية التي توليها الدولة للفرد في الواقع تحميه من التعسف في استعمال الشروط وتضمينها في العقود، فبدون شك حين توجد الرغبة في تأمين عقار ضد الحريق فان المالك يؤمن ذلك لدى شركة تأمين يختارها (هذا المثال ينطبق على البلدان الرأسمالية) ولكن الواقع انه نظرا لقلة هذه الشركات ولاتحاد مصالحها فإنها تتفق مع بعضها البعض على الشروط التي تطبقها على أي مؤمن فيصبح في الواقع ذلك الاختيار ظاهريا .

ولعل أبرز مثال على ذلك هي حالات الترست "Trust" في أمريكا والكارتل "CARTEL" في المانيا، اذ في الحقيقة أن المتعاقد معها ليس له الخيار ما دام الاحتكار لدى قلة من الشركات التي تتحزب تجاه المتعاقد، فهي تحتكر الخدمات احتكارا يجعل المنافسة محدودة النطاق .

أما في الدول الاشتراكية فان الاحتكار يرجع الى شركة واحدة مختصة تعمل ضمن تحقيق أهداف خطة التنمية .

3 — أن يصدر الايجاب الى الكافة وبشروط واحدة على نحو دائم غير محدد المدة، وغير قابل للنقاش، والغالب أن يكون في صورة عقود مطبوعة، فهذا الايجاب باتّ ونهائي ولا يمكن لمحتكر السلعة أو الخدمة التحلل من الايجاب عن طريق تصرف سلبي هو الامتناع عن التعاقد، والا وقعت عليه مسؤولية بناء على التعسف في استعمال الحق ان كان محتكرا فعليا، أو لتجاوزه حدود حقه اذا كان الاحتكار قانونيا .

ولذلك تنص المادة 63 م.ج. على أنه: " اذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على ايجابه الى انقضاء هذا الأجل، وقد يستخلص الاجل من ظروف الحال، أو من طبيعة المعاملة ".

.../...

وذلك هو الايجاب الملزم وقد سبق شرحه .

ويقول عبد المنعم فرج الصده :" الواقع أن أساس التزام الموجب للقبول أن العقد يتم بهذا القبول فيرتبط به الموجب ما دمنا نعتبره في حالة ايجاب دائم . واذا كان للموجب أن يرفض القبول في بعض الصور لسبب مشروع فإن أساس ذلك أن تكون هناك تحفظات ضمنية في الايجاب تتعلق بصالح العمل الذى يقوم به ". (86)

4 ـ وهي عقود دائمة " durable " وتوضع بشكل مستمر كعقود نموذجية ولمدة غير قصيرة .

والعقد النموذجي " هو العقد الذى تضعه سلطة عامة أو أية هيئة نظامية أخرى ، كعقود الايجار النموذجية التي تضعها وزارة الاوقاف والمجالس البلدية والنقابات " (87)

ومع ذلك فإن مفهوم العقود النموذجية لا تصبح بالضرورة عقد اذعان على الرغم من الحالات الكثيرة والمتعددة التي تكون فيها تلك العقود، كذلك لكون نتاج محتواها محض لارادة منفردة .

ولا يفوتنا هنا أن نفرق بين مضمون العقد أو محتواه ، وبين العقد ذاته ، فالعقد تتكامل فيه كل الاركان من رضا ، ومحل ، وسبب وباعث والشكلية في بعض العقود كما سنبين ذلك تفصيلا عند حديثنا عن انعقاد عقد الاذعان ، أما مضمون العقد فهو محتواه أو شروطه .

وهو يمثل في عقد الاذعان الشروط التي يتقدم بها الموجب ويحررها مسبقا .

---

(86) ـ عبد المنعم فرج الصدة المرجع السابق ص 139.

(87) ـ

- Picard et besson - Traité d'assurance ten. T. 3 n° 108
" Les contrats - type d'assurance entre compagnés d'assurances sont des contrats d'adhes

كما يختلف مضمون عقد الاذعان عن الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي (Avant contrat- promesse de contrat- contrat préliminaire) فهذه المصطلحات ذات دلالة خاصة ولها أحكام في كيفية انعقادها ، ونوجز هذه المفاهيم في الآتي :

فالصورة العملية للوعد بالتعاقد كأن يتوقع شخص حاجة في المستقبل الى أرض بجوار مصنعه أو منزله ، أو هو الآن في حاجة اليها ، ولكن لا يستطيع شراءها فورا ، فيكتفي بالتعاقد مع صاحب هذه الارض على أن يتعهد هذا الأخير ببيع الارض له اذا أبدى رغبته في الشراء خلال مدة معينة ، فيتقيد صاحب هذه الارض بالعقد دون أن يتقيد به الطرف الآخر .

وكأن يفتح مصرف حسابا جاريا لعميل قبل أن يقترض فيكون هذا وعدا بالاقراض . ان العقد في هذه الحالة ملزم لجانب واحد وهو الواعد أما الموعود له فلم يلتزم بشيء. (88)

فالواعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي وسط بين الايجاب والتعاقد النهائي ، فالوعد بالتعاقد ، وكذلك الاتفاق الابتدائي عقد كامل لا مجرد ايجاب ولكنه عقد تمهيدى لا عقد نهائي .

ويشترط أن تعين فيه جميع المسائل الجوهرية لذا تنص المادة 71 م.ج ، 101 مدني مصرى على أن " الاتفاق الذى يعد له كلا المتعاقدين أو احدهما بابرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر الا اذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه والمدة التي يجب ابرامه فيها .

واذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد " ومن آثار الوعد بالتعاقد ما نصت عليه المادة 72 مدني جزائرى .

" اذا وعد شخص بابرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق

---

(88) — د . عبد الرزاق أحمد السنهورى ، الوسيط في شرح القانون المدني ح 1 نظرية الالتزام . ط 4 1964 ص 266 — 267 .

منهـا بالشكل متوافـرة ، قام الحكم مقام العقـــــد ".

ويستخلص من ذلك أن عقد الاذعـان يختلـف في خصائصـه عـن تلـك المفاهيـــــم .

كما أنـه من جهـة أخـرى يختلف مفهـوم العقد النموذجـــي الالزامـي عن عقد الاذعان لأن مفهـوم العقد النموذجـي الالزامـي يرتبط في الواقـع بشروط محـددة بصورة نموذجيـة لمحتوى العقد الذي سيوجد في المستقبل، وعلـى العكس من عقد الاذعـان فانه يعتـد أو يأخذ بعين الاعتبار الطريقة التي تلتقـي بها الارادات في العقود الفرديـة ويوازن القوى الاقتصادية للمتعاقدين، ولذلك فإن عقود الاذعـان ليست كلهـا عقودا نموذجيـــة .

فمثلا من الممكن أن تفـرض احدى المنشآت الاقتصادية ارادتها علـى متعاقد ضعيف بمناسبة عقد واحد مستغلـة ظروفـه دون أن ترجع الى أي نمـــوذج معـد مسبقـــا .

فكـل ما يخضع المتعاقد من قـوى لتقبل الشروط يشكل عقد اذعان (89)

أما العقود النموذجيـة المعدة للتأميـن البري من طـرف هيئـات التأميـن هـــي عقـود اذعـــان . (90)

ولا تكون كذلك اذا كانت متعلقـة بالتأمين البحـــــري (91)

ومن ثم فإن العقود النموذجيـة الالزاميـة لا تكون بالضرورة عقـــد اذعـــــــان .

5 — وهي عقود تفسـر تفسيـرا ضيقـا " Rigide et stricte " لتفـــس

---

(89) — جاك ليوتي ، المجلة ربع السنوية للقانون المدني 1943 ص 429 .

- Jaques léauté. R.T.D. civ. 1943. P. 429.

" ... A l'unvers tont les contrats types obligatoire ne sont pas des contrats d'adhésio Arme de guerre le contrat type obligatoire peut être aussi un instrument de paix. Ce qui s'entendent pour l'établir et qui s'engagent ensuite pour l'appliquer sont alors d'ancien adversaies qui concluent une terre dans la lutte économique en 1913. Par exemple, les compagnie d'assurance incendie etblie par accord avec la ligne des assur

(90) — Picard et Besson. Traité d'assurance terreste. T.3. nº 108.

(91) — Ripert: droit maritime. ed; 1952. nº 1406. 1963.

الخصيصة السابقة فكونها عقوداً نموذجية تقرر شروطها مقدما لا يمكن تغييرها أو تعديلها تبعا لشخص القابل .(92)

6 — عقد الاذعان عقد مركب (93):

اذ غالبا ما يعتمد هذا العقد على عناصر فنية يستخلصها الموجب من السير الوظيفي لمنشأته أو موسسته بحيث يعود عليه بالفائدة ، وعليه فان العناصر الفنية تستوجب بالضرورة استبعاد كل مناقشة بين المسيرين والزبناء أو الأعوان ، فأي مفاوضة تكون غير مجدية ، وذلك لتنوع هذه المنشآت من جهة ولأن المتعاقدين لا يمكن أن يلموا بالحاجيات الفنية الواجب توافرها لضمان سيرها .

فبوليصة التأمين مثلا ، وقد سبق أن أشرنا الى ذلك محررة بطريقة اذ تعتمد على الاحصائيات، وفقا لقانون العدد الأكبر ، وحساب الاحتمالات ، وأغلب المؤمنين عندما يتعلق الأمر بالتأمين على الحياة يصبح مستحيلا عليهم فهم السير الوظيفي للتأمين، وهذا الأمر ربما ينطبق على كل عقود الغرر .

7 — شروط عقد الاذعان نتاج محض لارادة واحدة :

وأهم خصيصة من خصائص عقد الاذعان تكمن في كون شروط العقد هي نتاج محض لارادة واحدة، هي ارادة المسير للمنشأة أو الشركة اذ ينفرد بوضع تلك الشروط .(94)

---

(92) — د . محمد كامل مرسي ، المرجع السابق ص 28 .

(93) — ويل ، وتيرى ، المرجع السابق ص 96

- " Le contrat d'adhesion est en general un contrat complexe ...(le fait que l'entr[eprise] repose sur une organisation technique complexe exclut une discussion individuelle entre les dirigeants de l'entreprise et chacun des clients ou des agents".

(94) — ويل ، تيرى ، المرجع السابق ص 95 ، 96 .

و من أجل تسيير حسن ومراعاة لمصلحة المنشأة ،فإن الشروط يجب أن تكـــون متماثلة بالنسبة للكافة أو على الأقل بالنسبة لكل الذين يوجدون في وضع واحد ،

فمشروع عقد الاذعان يكون صادرا عن ارادة منفـردة ، ودقيقـا و موجــــه الى الجمهـور كافة من قبل موجب يتمتـع باحتكار قانوني أو فعلـــي .

والى جانب الشروط العامة الواردة فيـه ، توجد شروط أخرى غالبــــا ما تبدو ليست ذات أهميــة بالنسبــة المتعاقد لتكرارها في الكثير من العقود ، غيــر أنهـا في الواقع ذات أهميــة كبيرة بالنسبة للموجب و لحفظ السير الفني لمؤسسته .

8 ـ و نتساءل هنا هل أن عقد الاذعان هو من العقود الفورية أو الممتـــدة أو المستمـرة أو الزمنيــة ؟ ومن أجل الاجابة عن هذا السؤال نبدأ بأبرز عقـــد اذعـان و هو التأمين فهل يعتبر التأمين عقـد مـــدة ؟

و للاجابــة على السؤال الأخيـر يجب أن نستعرض مسألتيـن :

التأميـن البسيـط ،تأمين الاشتراك .

من الشراح من لا يعتبر عقد التـأميـن البسيط عقـــد مدة ، لأن محله حدث وحيد ،على العكس من تأميـن الاشتراك فإنه يعتبر عقد مدة لأنـه ينصـب في هذه الحالة الأخيـرة على حادث يتكـرر في الزمـــان .

و قال آخـرون إن التأميـن البسيط و تأمين الاشتراك يعتبران من عقـــود المـــــدة :

أ ـ تأميـن الاشتراك " assurance par abonnement " أو التأمين العائــم " flottante " : هو عقد يلتزم المؤمن بموجبه أن يضمن ،لمدة معينـــة، عـددا غير معين من الاخطار يمكن تعيينه شيئا فشيئا بواسطة اقرارات تسمـــى "déclaration d'abiment" وكلمــة اشتراك " abonnement " تفيد استمـرار العقد ،أما كلمة العائم " flottante " فتفيـد عدم تعيين الاشيـاء المؤمـــن عليهـــا .

.../...

وقد أثار هذا التأمين في ايطاليا خلافا بين الفقيهين دوناتي "Donati" وفيرى " Ferri": فعند دوناتي يعتبر عقد تأمين الاشتراك عقد مدة ذا تنفيذ دوري أسوة بعقد التوريد وبالمرتب مدى الحياة .

ويحتج لرأيه بأن هذا التأمين البسيط باشتماله على عنصر سببي جديد هو استمرار ضمان الاحداث خلال مدة من الزمن (95).

أما فيرى " فعنده أن تأمين الاشتراك لا يعتبر عقد مدة ، ذلك لأن المدة ولو أنها مهمة في هذا العقد الا أن دورها فيه ليس كدورها في عقود المدة ،فعنده أن في عقود المدة بصفة عامة وفي العقود الدورية التنفيذ بصفة خاصة تستطيل آثار العقد وتتكرر في الزمان ،أما في عقد تأمين الاشتراك فيرى أن للزمن وظيفة أخرى هي تعيين المواد المؤمن عليها أي تعيين فحوى ارادة العاقدين . ولكن يرد على ذلك أن العقد لا يعتبر عقد مدة الا لان المدة تستخدم في تعيين فحوى ارادة المتعاقدين ،ولما كان هذا هو دورها في تأمين الاشتراك لزم اعتبار هذا العقد من عقود المدة (96).

ب ـ التأمين البسيط : " Assurance simple"

ذهب بعض الفقهاء ومنهم جيرك (Gierke) الى أن عقد التأمين سواء كان ذا حادثة وحيدة أم كان متكرر الحوادث وسواء كان تأمينا على الحياة أم كان تأمينا على الحوادث فإنه يعتبر عقد مدة بسبب طبيعة الاداء الذي ينطوي عليه العقد .

وفرق مذهب ثان وعلى رأسهم (Devato) بين نوعين من التأمين تأمين ذى حادثة وحيدة لا تتكرر ولو أنها لا تتحقق الا بعد مضي مدة طويلة وهذه هي حالة التأمين ضد الوفاة وهذا لا يعتبر عقد مدة ، وتأمين تتكرر فيه الحادثة التي يتوقف عليها التزام المؤمن كما في عقود التأمين

(95) ـ د . عبد الحي حجازي رسالة تحت عنوان عقد المدة أو العقد المستمر .والدوري التنفيذ
(ـ) ط 1950 ص 5 . ويشير أنه قد نقل ذلك عن

- Donati: contratto. di assieurasione in abbonamento 1935.P.39

(96) ـ د . عبد الحي حجازى المرجع السابق ص 56 .

ضد الحوادث ، وهذا يعتبر عقد مدة و ذلك لان المؤمن في هذا العقد يلتزم في كل وقت طوال مدة التأمين بأن يدفع مبلغ التأمين في كل مرة تقع فيها حادثة .

ثم ان التزامه لا ينقضي بوقوع الحادث وانما ينقضي بانتهاء المدة . ففي هذا النوع من التأمين يضمن المؤمن خطرا دائما أو مستمرا .

فالسيارة التي سببت اليوم حادثة يمكن أن تحدث مثلها غدا وبعد غد ، والمؤمن الذى ضمن الحادثة التي وقعت اليوم يظل ملتزما باصلاح الضرر الذى ينشأ من الحوادث التي تقع فيما بعد ، ان احتمال تكرار الحوادث المتعاقبة هو الذى يعطي طابع المدة لهذا العقد .

و ذهب رأي ثالث الى عدم اعتبار هذا العقد من عقود المدة ولا يعتد هذا المذهب الا بالتزام المؤمن اذ يلتزم هذا الاخير بأن يدفع للمستأمن المبلغ المؤمن به عند تحقق الخطر .

و هذا التزام ذو تنفيذ دورى ، أما المدة التي تمضي بين انعقاد العقد ودفع مبلغ التأمين فلا يقابلها في هذا المذهب — أي تنفيذ مستمر مقصود به اشباع حاجة مستمرة .

ان هي الا مدة أدى الى وجودها كون التزام المؤمن معلقا على شرط واقف وغير جائز أن يقال أن الالتزام يصبح التزاما ممتدا لمجرد تعليقه على شرط موقت.

و يرى عبد الحي حجازى (97) أن عقد التأمين سواء كان تأمينا على الحياة أو كان تأمينا على الاشياء يعتبر عقد مدة . وذلك اعتمادا على الحجج التالية فيقول :

" ونحن نرى أن المدة التي ينطوى عليها هذا العقد ليست كما زعم أصحاب الرأي الثالث مجرد فاصل زمني لا يقابله تنفيذ مستمر مقصود به اشباع حاجة مستمرة بان المدة هنا يقابلها كم من التزام المؤمن . ان المستأمن يريد الحصول

---

(97) — د . عبد الحي حجازى . الرسالة المشار اليها سابقا ص 56 ، 57.

علـى الضمان مدة معينـة من الزمـــان ، ويلتزم المؤمن من جانبه أن يكفل لـه هذا الضمان في كل لحظـة ابتداء من يوم انعقاد العقد حتى آخر يوم فيـه ، بمعـنى أن التزامه بدفع مبلغ التأميـن يكون قابلا للاستحقاق في كل لحظة ضرورة أن الحادثة قابلة للتحقق من وقت لآخـر ، ثم ان حسـاب الاقساط قد قدر بحيث يقابل كل قسط مدة ضمان مستقلـــة .

فالتزام المؤمن يقاس اذا وفقا للمدة ، كما أن حقه في الاقساط يقـاس كذلك وفقا للمدة ، فهو لا يكتسب من الاقساط الا بقدر ما يعطي من الضمان ، ان التأمين بالنسبة له أمر متجـدد الحدوث (98) كما يعتبر من عقود المدة عقد امتياز المرافـق العامة وهو عقد يقصـد بـه ادارة مرفق عام ذى صفة اقتصادية ، ويكون هذا العقد بين جهة الادارة المختصة بتنظيم هذا المرفق أو شركة يعهد اليها باستغلال المرفـق فترة معينـة من الزمـــن .

فهذا العقد عقد مدة ويتميز بطول مدتـه ، وعلـى أى حال يجب الا يكون هذا العقد مؤبدا ضرورة أن السلطة العامة غير قابلة للتصرف ، ولهذا يجب أن يكـون هذا العقد قابلا للتصفية لمصلحة الادارة .

وكذا فان أغلب العقود التي تعتبر عقد اذعان تعتبـر من عقود المـدة كعقـد فتح الاعتماد المستنـدى ، فهـو عقد رضائي بمقتضاه يلتزم شخص (البنك) بأن يضع تحت تصرف شخص آخر (المعتمـد) مبلغا من النقود يكون لهذا الأخيـر أن يحصل عليـه جملـة واحـدة أو على عـدة مرات خلال مـدة معينـة أو غيـر معينـــة .

وعقد الحساب الجارى وهو عقد يتفق شخصان بمقتضاه على أن يضعا في حساب جار جميـع العمليـات القانونيـة التي ستحصل بينهمـا بحيث تتقـاص هذه الاداءات مع بعضهـا البعض أولا بأول ولا يشرعان في تصفيـة علاقاتهمـا الا بعـد :

---

(98) ــ عبد الحي حجازى . المرجع السابق 58 وقد أخذ بما أخذ به بيكار وبيسون . في المرجع السابق ص 205 .

اقفـــال الحســـــاب .(99).

كما يمكن طرح السؤال السابق عن عقد التوريد ،فهل يعتبر من العقـود الزمنيـــــــة ؟

ان عقد التوريد هو عقد يلتزم بمقتضاه شخص أن يقدم لآخر أداءات دورية أو مستمـرة في مقابل ثمن لكل أداء.

بتكون هذا العقد من أداءات يستقـل بعضها عن بعض كان يصلح كـــل منهــا أن يكون لعقد مستقـل، وكان يمكن بذلك أن يكون ثمة عقـود بقدر عـــــدد هـــذه الاداءات.

ولكن لما كنا نعتـد ليس بهــذه الاداءات المتقابلـة فحسب بل كذلـك وعلى الأخص بتكـرار هذه الاداءات كنا بصدد عقد واحد تنشأ منـه وحده كـــل هذه الاداءات .

ولما كان الغرض من عقد التوريد هو اشباع حاجة دورية أو مستمرة لـــزم أن يستمر العقد ما استمرت الحاجة المراد منه اشباعها ولزم من ذلك اعتباره عقـــد مـــدة .

9 — عقد الاذعان كما سبق أن بينت ذلك عند حديثي عن الطبيعة القانونية لعقد الاذعان قد يكون عقدا يحكمـه القانون الخاص، وقد يكون من عقود القــانون العـــام .

10 — عقد الاذعان من العقود الملزمة للجانبيـن ، ذلك لأنـه من عقـود المعاوضــة ، وليس من عقود التبرعات لعدم امكانيــة تصور الاذعان في عقود التبرع.

تلك الخصائص أو المميزات هي التي تحـدد كون العقد عقد اذعان أم لا ، بالاضافـة الى ما يجب مراعاتـه في هذا المجال من أن عقد الاذعان هو فئة ذات خصائص مشتركـة ناتجة عن تطـور التنميـــة .

---

(99) — ريبيـر ،الوجيز في القانون التجـاري 1948 ص 765 بند 2075 .

- Ripert : traité élementaire de droit commercial 1948. P. 765 nº 2075.

ومعلوم أن العقد الملزم للجانبين هو ذلك العقد الذي ينشىء التزامات متبادلة في ذمة كل متعاقـــد .

وقد جاء في المادة 57 مدني جزائري " يكون العقد تبادليا متى التزم أحد الطرفين بمنح أو فعل شيء ، يعتبر معادلا لما يمنح أو يفعل له ".

فالعقد التبادلي اذا هو من العقود الملزمة للجانبين وقد نصت المادة 58 مدني جزائري على أن " العقد بعوض هـو الذي يلزم كل واحد من الطرفين اعطاء أو فعل شيء مـا " . فعقد البيع هو من عقود المعارضة وهو ملزم للجانبين (م351م.ج) . وقد جاء في المادة 1102 مدني فرنسي (يكون العقد ملزما للجانبين عنـد مـا يلتزم المتعاقدين كل منهـما تجـاه الآخـر بالتزامات متبادلـة). *

أما العقد الملزم لجانب واحد فهو الذي لا ينشىء التزامات الا على أحـــد الاطـراف ولا يتم هذا العقد الا بتوافق ارادتي أطرافـــه ولهذا التقسيم أهميـــة كبيـرة تتمثـل في النتائج التاليـــة :

أ ـ أن العقد الملزم للجانبيـن يمكن فسخه اذا لم يقم أحد المتعاقديـن بتنفيـذ التزامـه ، أما في العقد الملزم لجانب واحد فإنـه لا امكانية للمطالبة بالفسخ بل تقتصـر المطالبـة على تنفيذ الالتزام الثابت في ذمة الطرف الأول .

ب ـ في العقد الملزم للجانبيـن اذا لم يقم أحد المتعاقديـن بتنفيـــذ التزامـه فان المتعاقد الآخر يمكن له أن يمتنع عن تنفيذ ما في ذمتـه بدلا مـــن المطالبـة بالفسـخ .

أما في العقد الملزم لجانب واحد فلا محل لـه بهذا الدفـــــع .

جـ ـ في العقد الملزم لجانب واحد تبعه الهلاك بقوة قاهرة تقع على الدائن أما في العقد الملزم للجانبيـن فتقـــع هذه التبعة علـى المديـن .

د ـ في العقد الملزم للجانبيـن يعتبر التزام أحد المتعاقدين سببـــا لالتزام المتعـاقد الآخـــر .

11 ـ عقد الاذعـان من عقود المعاوضـة وليس من عقود التبـــرع .

- Art 1102. C.C " le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contrac- tants s'obligent reciproquement les uns envers les autres ".

فعقد المعاوضة هو الذى يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلا لما أعطاه كعقد البيع والقرض بفائدة .

أما عقد التبرع فهو الذى لا يأخذ فيه المتعاقد مقابلا لما أعطاه ولا يعطي المتعاقد الآخر مقابلا لما أخذه ، ومثاله الهبة بدون عوض والقرض بلا فائدة و الوديعة والوكالة .

وحيث لا يتصور عقد الاذعان في عقود التبرع لأنه من عقود المعاوضه فان للتمييز بين عقد المعاوضة و عقد التبرع أكثر من فائدة :

أ — من حيث المسؤولية فإن مسؤولية المتبرع أخف من مسؤولية المعاوض .

ب — من حيث عيوب الارادة فان الغلط في الشخص يؤثر في عقود التبرع ولا يؤثر في عقود المعاوضة الا في حالات خاصة و هي اذا ما كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار .

جـ — من حيث الإثبات فإنه يجوز الطعن في عقود التبرع بالدعوى البولصية دون حاجة الى اثبات سوء نية متلقى التبرع أما في عقود المعاوضة فلابد من اثبات سوء النية .

12 — عقد الاذعان بين الرضائية و الشكلية :

قد يكون عقد الاذعان رضائيا وقد يكون شكليا ، وتجب التفرقة أولا بين العقدين :

أ — فالعقود الرضائية "contrats consensuels" هي التي تتم بمجرد الايجاب والقبول ولا تتوقف مهمتها على وجوب تسلم العين محل العقد ولا على استيفاء اجراءات أخرى .

وأغلب العقود رضائية ذلك لأن القاعدة أنه يكفي التكوّن أي عقد مجرد تطابق الايجاب والقبول الا اذا نص القانون على وجوب استيفاء اجراء آخر .

.../...

غير أنه لا مانع من أن يكون العقد رضائيا ، و يشترط في اثباته شكلا مخصوصا ولا يغير هذا من كونه عقدا رضائيا . الا أن هناك فائدة عملية تميز بين اشتراط الكتابة للاثبات و الكتابة للانعقاد . فالكتابة وان كانت لازمة للاثبات فإن العقد غير المكتوب يجوز اثباته باليمين أو الاقرار . اما اذا كان ركنا شكليا في العقد فان العقد يوجد بوجود الشكلية وينعدم بانعدامها حتى مع الاقرار أو اليمين .

وقد يقصد المتعاقدان من اشتراط الكتابة أن تكون للاثبات لا لتكوين العمل القانوني . واذ قام شك في تفسير قصد المتعاقدين فالقضاء في مصر وفي فرنسا يلتمس من ظروف الواقع قرينة على ترجيح أحد الفرضين والا فان الكتابة تعد للاثبات . (100).

ب — العقد الشكلي :

والمقصود بالعقد الشكلي " contrats solonels ou formels" هو ذلك العقد الذى يشترط فيه الى جانب الايجاب والقبول شكلا معينا كي يتم انعقاده كتحرير ورقة رسمية " acte authentique " ومثاله الرهن الرسمي أو التأمين (م 333 م.ج) ، وعقد المرتب مدى الحياة م 615 م.ج وتنص على أن " العقد الذى يقرر المرتب لا يكون صحيحا الا اذا كان مكتوبا وهذا دون اخلال بما يتطلبه القانون من شكل خاص لعقود التبرع " . والعقود الشكلية التي لم تراع الشكل الخاص الذى نص عليه القانون تكون باطلة بطلانا مطلقا .

وعلى الرغم من أن عقد الاذعان أغلبه يكون مكتوبا لأن أهم مصدر له هو العقود النموذجية الا أن أساس الالتزام العقدي فيه رضائي، وغني عن البيان أن القاعدة في القانون الحديث هي رضائية العقود ، ولا يخرج عقد الاذعان عن هذا، أما الشكلية فترد استثناء غير أنه يجوز أن يتفق العاقدان على أن عقدا رضائيا بطبيعته ، كعقد البيع لا ينعقد الا بالكتابة ، اذ ليس في ذلك ما يخالف

---

(100) — انظر في هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة 18 ماى 1933 م 45 ص 291.

النظام العام وحسن الاداب.

وطبقا لارادة المتعاقدين فلا يوجد هذا العقد الا اذا اتخذ الشكل المتفق عليه ، ويجب أن تكون نية العاقدين صريحة في ذلك ،أنهما لم يقصدا أن تكون الكتابة للاثبات فقط ،وعند الشك يرجح أن تكون الكتابة للاثبات ،الا أنه لا يجوز الاتفاق على جعل عقد شكلي عقدا رضائيا .

الباب الثاني : تكوين عقد الاذعان واثباته .

نتناول هذا الباب في فصلين ، نبين في الفصل الاول تكوين عقد الاذعان ونخصص له مبحثين ، نتعرض في المبحث الاول الى ركن الرضا وفي الثاني الى بقية الاركان الأخرى .

وفي الفصل الثاني ندرس اثبات عقد الاذعان .

الفصل الأول : تكوين عقد الاذعان .

يعرف العقد بأنه توافق ارادتين على انشاء التزام أو على نقله ، وقد عرف القانون المدني الجزائري في المادة 54 العقد بأنه " اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما " (101) .

---

(101) — ويلاحظ أن النص باللغة الفرنسية أسلم بذلك لان النص العربي قد أهمل المقابلة التي من المفروض أن تكون بكلمة " تجاه شخص أو أشخاص آخرين " وهو خطأ يرجع الى الترجمة .

- Art 54 C.C(le contrat est un convention, par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à faire, ou à ne pas faire quelques chose

وقد عرفه القانون المدني الفرنسي في المادة 1101 بأنه " اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين باعطاء شيء أو بفعله أو الامتناع عن فعله " .

وبذلك نرى أن القانون المدني الفرنسي يفرق بين "الاتفاق" والعقد ، فالعقد نوع أما الاتفاق فجنس وقد تأثر القانون المدني الفرنسي بأفكار كل من بوتييه ودوما — انظر أيضا كل من الفقهاء أوبري ورو ، وريبير وبولونجير . وهم أنصار الفقه التقليدي ، اذ أنهم يميزون بين العقد والاتفاق ، استنادا الى أن الاتفاق يشمل انشاء الالتزام كعقد الايجار ، الذي ينشىء التزامات على عاتق كل من المستأجر والمؤجر أو نقله ، فالحوالة تنقل الحق أو الدين من دائن الى دائن ومن مدين الى آخر ، أو تعديله كالاتفاق على اضافة أجل الى الالتزام وتعليقه على شرط ، أو انهائه ، كالوفاء الذي ينهي الدين في حين أن العقد يقتصر على انشاء التزامات فقط ، دون الامور الاخرى ، فالاتفاق وفقا لهذا الاتجاه ، أوسع معنى من العقد ، فالاتفاق بمثابة الجنس في حين أن العقد بمثابة النوع ، فكل عقد يعتبر اتفاقا ، ولكن ليس كل اتفاق يعتبر عقدا .

الا أن بعض التشريعات مدعمة بأراء الفقه قد نبذت هذه التفرقة ومنها الاستاذ السنهوري ، الوسيط الجزء الاول فقرة 37 ، واسماعيل غانم وسليمان مرقس منتقدين ما ذهب اليه التشريع الفرنسي المادة 1101 والتشريع اللبناني المادة 165 من قانون الموجبات والعقود ، واستقروا على أن الاتفاق والعقد مترادفان ويؤديان الى معنى واحد وهو" التعبير عن توافق ارادتين على انشاء التزامات أو نقلها أو تعديلها وانهائها " .

ويعرف في الفقه الاسلامي بأنه " ارتباط الايجاب بالقبول على وجه يظهر أثره في المعقود عليه "(102).

ويعرفه الدكتور السنهوري بأنه " توافق ارادتين على احداث اثر قانوني سواء كان هذا الاثر هو انشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انهاؤه "(103).

ولكي ينعقد العقد لابد له من شروط معينة تتمثل في الرضا ، والمحل ، والسبب ، والشكلية في بعض العقود ، ولكي يكون العقد صحيحا منتجا لآثاره فلابد أن يكون صادرا عن ذي أهلية وبارادة حرة غير مشوبة بأي عيب من عيوب الارادة ، وسنتطرق هنا الى شروط تكوين عقد الاذعان ثم الى شروط صحته .

المبحث الاول : ركن الرضا في عقد الاذعان .

ان أهم ركن في العقد هو التراضي ، أي الايجاب والقبول وانطباقهما بارادة حرة واعية ، لذا ندرس الايجاب والقبول في مطلب أول ، وشروط صحة الرضا في مطلب ثان .

المطلب الاول : الايجاب والقبول في عقد الاذعان .

أولا : الايجاب في عقد الاذعان .

في العقود التي تتم بطريق الممارسة يتم العقد فيها بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتهما المتطابقتين دون الاخلال بالنصوص القانونية

م 59 ،م.ج ،89م. مصري.

فتتحدد الشروط من الجانبين ، وقد يكون القبول النهائي صادرا من الموجب المبادر ، وهذا ما يعرف بمرحلة المفاوضات في العقود فمن يصدر منه الايجاب لا يستقر به الرأي في العادة على ألا يصدر ايجابا باتا الا بعد مفاوضات قد تطول .

---

(102) ـ د . وحيد الدين سوار . التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي الطبعة الثانية 1979 ص12 الشركة الوطنية للنشر والتوزيع ـ الجزائر ـ

(103) ـ د . السنهوري . المرجع السابق ص140 .

و يعتبر من قبيل المفاوضات أن يعرض شخص التعاقد دون أن يحدد أركانه كأن يضع اعلانا ينبئ أنه يعرض منزلا للبيع أو للايجار دون أن يذكر الثمن أو الاجرة. واذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار فلا يعد ايجابا بل دعوة الى التفاوض أن يعرض شخص التعاقد حتى ولو بين أركان العقد ،أما اذا لم يكن هناك اعتبار لشخصية المتعاقد عد هذا ايجابا .(104).

وكان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري يشتمل على نص المادة (134) ويقضي بأن عرض البضائع مع بيان ثمنها يعتبر ايجابا، أما النشر والاعلان وبيان الاسعار الجاري التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهة الى الجمهور أو للافراد فلا يعتبر عند الشك ايجابا وانما يكون دعوة الى التفاوض.

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بالاسكندرية ،بأنه لا يعد ايجابا باتا بل يكون من قبيل المفاوضات أن يعرض شخص على آخر القيام بعمل دون أن يتضمن العرض الشروط والتفاصيل اللازمة (105) .

والقانون لا يرتب في الاصل على هذه المفاوضات اثرا . فكل متفاوض حر في قطع المفاوضة في الوقت الذي يريد ، ولا مسؤولية على من عدل ، بل هو لا يكلف اثبات أنه قد عدل لسبب جدي.

وليست المفاوضات الا عملا ماديا لا يلزم أحدا ، لذلك لا يعد السمسار نائبا لأنه يمهد للمفاوضات وهي عمل مادي لا قانوني .

على أن العدول عن المفاوضات قد يرتب مسؤولية على من قطعها اذا اقترن العدول بخطأ منه ، والمكلف باثبات الخطأ هو الطرف الآخر الذي أصابه ضرر من العدول ،فاذا اثبت مثلا أن من قطع المفاوضات لم يكن جادا عند الدخول فيها أو كان جادا ولكن لم يخطره بالعدول في الوقت المناسب ، وابنى على ذلك أن فاتته صفقة رابحة ،كان له الحق في التعويض.

(104) — السنهوري ،الوسيط جـ 1 ص206.
(105) — السنهوري ،المرجع السابق ص207 والاحكام التي أشار اليها .
— محكمة الاستئناف المختلطة 2 مارس 1904 م 16 ص147 .
— انظر أيضا حكما آخر في 24 أفريل 1902 م 14 ص264.

تلك هي مرحلة المفاوضة في العقود العادية أما في عقد الاذعان فان للايجاب والقبول ميزات واضحة اذ لكل منهما طابع خاص. فالايجاب في عقد الاذعان يصدر من الموجب في صورة قاطعة شاملا كل شروط العقد الجوهرية والتفصيلية وغير قابل للمناقشة أو المفاوضة، ومن ثمة فان تمام العقد يحتاج الى أكثر من أن ينضم قبول يكون بمثابة اذعان لما صدر من الموجب من شروط ولا يستثنى هذا الحكم سوى العرض الذى تكون فيه شخصية القابل محل الاعتبار، وفي هذه الصورة الأخيرة فان العرض الصادر من الطرف القوى في العقد يعتبر مجرد دعوة الى التعاقد لا ترقى الى مستوى الايجاب (106).

فالايجاب في عقد الاذعان هو " الشرط" والشرط يقصد به " ذلك الذى يضعه أحد الاطراف ليشكل به نظاما في العلاقة القانونية المحتملة ويكون غير قابل للمناقشة...

فهو شرط محرر بارادة منفردة من جانب واحد وهو الطرف الموجب ووضع الشرط غالبا ما يكون بكيفية تحمي مصلحة واضعه.

وعلى سبيل المثال لا الحصر في العقود النموذجية المعدة من قبل جمعيات مهنية فاننا نجد الشكلية المستعملة فيها تحمي مصالح عمال تلك المهنة ومن هنا فان الشرط هو الذى يحدد نطاق التعاقد.

ولا يمنع في بعض الصور أن يكون الايجاب مصحوبا بتحفظات ضمنية مقتضاها أن يكون استعداد الموجب للتعاقد في حدود طاقة المشروع، كما هو الحال بالنسبة لمصلحة السكك الحديدية التي تستطيع أن ترفض المسافرين اذا كانت الاماكن قد نفذت.

ومع ذلك فحتى في هذه الصورة يكون العرض فيما عدا هذه التحفظات الضمنية وتلك الاعتبارات الشخصية متضمنا لكل شروط التعاقد. ويكون الايجاب في عقد الاذعان موجه بصورة عامة ومجردة الى مجموعة غير محددة من طرف المحتكر القانوني أو الفعلي.

---

(106) — د. عبد المنعم فرج الصدة. نظرية العقد في قوانين البلاد العربية (المرجع السابق ص 136 بتصرف).

وما دام الايجاب يصدر بصورة قاطعة وبصورة عامة فإنه يقتضي ايضا أن يكون دائما ، أي أن يكون ملزما لمدة تكون أطول من المدة العادية التي تكون عليها العقود الاخرى.

وطول مدة الايجاب كما يقول عبد المنعم فرج الصدة "آتية من طبيعة الايجاب وظروفه" (107).

وأظهر ما يكون فيه الايجاب صادرا من محتكر قانوني أن يحدد أسعاره وشروطه على أساس تعريفة تخضع لموافقة السلطة العامة، وهذه التعريفة لا يلحقها التعديل عادة الا بعد مدة طويلة، ومن ثم تتسم بطابع الثبات والاستقرار.

ويفترض فيمن يتقدم للتعاقد علمه بشروط الايجاب ، وذلك لأن هذا الايجاب واجب النشر ، اذ ينشر بطريقة يكون في وسع الجمهور الاطلاع عليها .

لذلك ذهبت محكمة النقض الفرنسية الى أنه يتقيد من اشترى تذكرة للسفر بالسكك الحديدية أو بالباخرة بالشروط الموجودة في التذكرة (108) كذلك بالشروط الواردة في التعريفة الملصقة أو الموضوعة في متناول الجمهور والتي تشير اليها تذكرة السفر كمرجع .(109) .

ولكن لا يتقيد بالشروط الواردة في تذكرة السفر بالباخرة اذا كان لم يأخذ التذكرة الا بعد حجز محله . (110) .

وبمجرد علم العامل باللائحة التي تنظم سير المصنع يكون ملتزما بها خاصة اذا اتخذ صاحب المصنع وسيلة كفيلة بتيسير هذا العلم كأن تكون اللائحة معلقة في مكان يرتاده العمال بطريقة منتظمة .

والايجاب في عقد الاذعان يكون باتا ، ذلك لأن من يزاول تجارة

---

(107) — د . عبد المنعم فرج الصدة المرجع السابق (نظرية العقد في قوانين البلاد العربية) بند 32

(108) — نقض فرنسي في 21 نوفمبر 1911 . سيرى 1912 — 1 — 486 ، مع تعليق للاستاذ ليون كان (عن عبد المنعم فرج الصدة المرجع السابق بند 82).

(109) — نقض فرنسي في 11 فبراير 1908 سيرى 1909 — 1 — 486 (عن المرجع السابق لعبد المنعم فرج الصدة).

(110) — محكمة استئناف باريس 2 نوفمبر 1981 — جازيت دي باليه 1921 — 2 — 466 .

أو يمتهن حرفة ينطوي موقفه على دعوة الجمهور الى التعاقد، واذا صدر منه ايجاب كان ذلك بمحض اختياره ،أما في عقد الاذعان فإن الامر يختلف على ذلك الأصل لأنَّ من يحتكر سلعة أو خدمة تعتبر من الضرورات الاولية للجمهور يحتم عليه أن يكون في حالة إيجاب طوال مدة الاحتكار.

وتتضح حتمية الايجاب البات في عقد الاذعان بصورة أكثر جلاء من غيرها في حالة الاحتكار القانوني ذلك لان المحتكر في هذه الحالة يقدم السلعة أو يؤدي الخدمة لكل من يطلبها من الجمهور بناء على عقد الالتزام المبرم بينه وبين السلطة العامة.

وكذا الحال في حالة الاحتكار الفعلي فإنه كلما تأكدت صفة الضرورة للسلعة أو الخدمة المحتكرة يكون الموجب مطالبا بسد حاجات الجمهور منها.

ومن ثم يبدو واضحا مفهوم الايجاب في تلك العقود ، وهو يختلف اختلافا بينا عن الايجاب في عقود المساومة والذى يمر بمراحل معينة أهمها مرحلة المفاوضة فاذا خرج الايجاب من دور المفاوضة ومن دور التعليق أصبح ايجابا باتا.

وتقرير ما اذا كان الايجاب قد وصل الى هذا الدور النهائي هو من مسائل الواقع لا من مسائل القانون ،فيفصل فيه قاضي الموضوع طبقا لظروف كل قضية ولا معقب على حكمه من قضاء النقض . (111).

فكل المراحل المذكورة آنفا لا توجد في ايجاب عقد الاذعان ،فهذه العقود كما يقول الاستاذ السنهوري تتم عادة دون مفاوضات تسبقها منها :

العقود المألوفة في الحياة اليومية كمن يأكل في مطعم أو ينزل في فندق أو يشترى صحيفة ، والعقود التي تبرم دون سابق مفاوضة في الحياة التجارية، وهي تقتضي السرعة والبت في التعامل ،وعقد الاذعان يتميز بايجاب بات في بادئ الأمر يعقبه اذعان من المتعاقد الآخر أوقبول لابد منه كما سنرى(112).

(111) — د . السنهوري . الوسيط ج 1 . ص206، 207، 208.
(112) — د . السنهوري المرجع السابق . هامش ص 206.

ثانيا : القبول في عقد الاذعان :

1 ـ المبدأ العام في القبول : لا الزام على من وجه اليه الايجاب بأن يقبله .

اذا وجه الايجاب فان الموجب لا يحتم علي من وجه اليه الايجاب والقبول ، بل يكون الموجه اليه الايجاب حرا في أن يقبله أو يرفضه ، واذا رفضه يظل الايجاب مجرد ايجاب ولا ينعقد العقد .

ومهما يكن من بداهة هذا الحكم ، فان حرية من يوجه اليه الايجاب في قبوله أو رفضه ليست مطلقة في جميع الاحوال ، اذ أن ظروفا قد تجعل الموجب له ملزما بالقبول .

ويتحقق ذلك اذا كان هو الذى دعا الموجب الى التعاقد معه .

وقد كان المشروع التمهيدى للقانون المصرى يشتمل على نص في هذا المعنى غير أنه قد روعي حذفه اكتفاء بتطبيق القواعد العامة .•

بيد أن الامريكون على خلاف ذلك اذا أوجد هو نفسه حالة من شأنها أن تستدرج العرض (كتاجر تجاه الجمهور أو صاحب الفندق ، و صاحب المطعم أو رب العمل اذا رفض استخدام عامل لسبب غير مشروع ، أما اذا كان يستند امتناعه عن التعاقد الى أسباب مقبولة ، فان من حقه أن يرفض الاستخدام .

والواقع أن القواعد العامة تكفي للاخذ بمثل هذا الحكم ولا سيما بعد أن ظفرت نظرية التعسف في استعمال الحق بتنظيم تشريعي ، المادة 41 مدني جزائرى

• كانت المادة 136 من المشروع تنص على أنه " يجوز لمن وجه اليه الايجاب أن يرفضه ، ما لم يكن قد دعا اليه ، فلا يجوز له في هذه الحالة أن يرفض التعاقد الا اذا استند الى اسباب مشروعة " ، مجموعة الاعمال التحضيرية ج 2 ص 45 ، 46 .

والمادة 5 مدني مصرى (113) . لذلك فإن الرفض التعسفي يسأل عنه من وجه الدعوة الى التعاقد ،وللقاضي الخيار بين أن يقتصر التعويض على مبلغ من المال أو يصل الى حد اعتبار العقد قائما على سبيل التعويض اذا كانت الظروف تتطلب ذلك .(114)

2 — الطريقة التي يتم بها القبول في عقد الاذعان :

أما القبول في عقد الاذعان فيكون رضوخا وتسليما بالشروط التي وردت في الايجاب لذا نصت المادة (70) مدني جزائرى على أنه " يحصل القبول في عقد الاذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها ".

---

(113) — ويقابلها في القوانين الاخرى . المادة 5 مدني ليبي م124 من قانون الموجبات اللبناني وهي تنص على أنه " يلزم أيضا بالتعويض من يضر الغير بتجاوزه ،أثناء استعماله حقه حدود حسن النية ،أو الغرض الذى من أجله منح هذا الحق". وهذا النص يقرر نفس ماقرره مشروع القانون الفرنسي — الايطالي . ذلك أن واضع مشروع القانون اللبناني هو الفقيه جوسران .

والمادة 226 من القانون المدني الالماني تنص على أنه " لا يباح استعمال الحق اذا لم يكن له من غرض سوى الاضرار بالغير" . وكذا القانون المدني السوسرى الصادر سنة 1907 فتنص المادة 2 منه على أنه " يجب على كل شخص أن يستعمل حقوقه وأن يقوم بتنفيذ التزاماته طبقا للقواعد التي يرسمها حسن النية ،أما التعسف الظاهر في استعمال الحق فلا يقره القانون"

م 2 من القانون السوفيتي " أن القانون يكفل الحقوق المدنية ،الا أن يكون استعمالها مخالفا للغرض الاقتصادى والاجتماعي الذى وجدت من أجله ".

م 135 من القانون المدني البولوني " أن كل من يلحق عن قصد أو اهمال ضررا بالغير وهو يستعمل حقا من حقوقه ،يكون ملزما بضمانه ، اذا كان قد تجاوز في استعماله حدود حسن النية ،أو الهدف الذى من أجله منح هذا الحق ".

وقد جاء في الفقرة الثانية من المادة 74 من مشروع القانون الفرنسي الايطالي للالتزامات أنه "يعتبر متعسفا كل من يلحق ضررا بالغير ،متجاوزا في استعماله حقه حدود حسن النية أو الهدف الذى من أجله أعطي هذا الحق ".

ويمكن الاطلاع بصورة مفصلة على محتوى التعسف في استعمال الحق في كل القوانين العربية والاجنبية في رسالة الدكتور فتحي الدريني ،الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ،ونظرية التعسف في استعمال الحق .

(114) — المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين المصرى . مجموعة الاعمال التحضيرية ج 2 ص50 .
— الوسيط للسنهورى ج 1 فقرة 110 .
— عبد المنعم فرج الصدة — نظرية العقد في قوانين البلاد العربية فقرة 80 .

ويقابل هذه المادة في القانون المصرى الحالي (م100) التي تنص على أن " القبول في عقود الاذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها " (115).

وهي مطابقة لنص المادة 101 مدني سورى ، والمادة 100 من القانون المدني الليبي ، والمادة 1/161 تجاري كويتي ، والمادة 85 مدني سوداني .

وقد جاء في الفقرة الاولى من المادة 167 مدني عراقي جديد " القبول في عقود الاذعان ينحصر في مجرد التسليم بمشروع عقد ذى نظام مقرر يضعه الموجب ولا يقبل مناقشة فيه " .

أما المادة 172 من التقنين اللبناني فقد نصت على أنه، عقد التراضي هو الذى تجرى المناقشة والمشاورة في شروطه وتوضع بحرية بين المتعاقدين (كالبيع العادى ، والايجار ، والمقايضة ، والاقراض).

وعندما يقتصر أحد الفريقين على قبول مشروع نظامي يكتفي بعرضه عليه ولا يجوز له من الوجه القانوني أو الفعلي أن يناقش فيما تضمنه يسمى العقد اذ ذاك عقد موافقة (كتعاقد على النقل مع شركة سكة حديدية أو عقد الضمان) " .

وأصل المادة 100 من القانون المدني المصرى الحالي ، سالفة الذكر قد وردت في المادة 145 من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي :

" القبول في عقود الاذعان يكون مقصورا على التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها " .

---

(115) — وقد جاء في المذكرة الايضاحية للقانون المصرى ، مجموعة الاعمال التحضيرية حـ2 ص6 .
" أما القبول فقد عرض المشروع لبعض صوره ، فاعتبر السكوت قبولا في بعض الفروض وجعل لهذه الفروض ضابطا مرنا ينطبق على الحالات التي ذكرها وعلى غيرها "المادة 100 " وعلق القبول في العقد الذى يتم عن طريق المزايدة على رسو المزاد ، أو على اقفال المزاد دون أن يرسو على أحد (101) وهو بذلك يحسم خلافا طال عهد الفقه به .
وأخيرا عرض المشروع لعقد الاذعان ، حيث يكون القبول مقصورا على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها (المادة 102) وبهذا النص يكون المشروع قد اعتبر تسليم العاقد ضربا من ضروب القبول " .

ولما تلي النص في لجنة المراجعة أدخلت عليه تعديلات لفظية أصبح بعدها مطابقا للنص الوارد في القانون الحالي ، (وأصبح رقم المادة 102 في المشروع النهائي ووافق مجلس الشيوخ على المادة دون تعديل تحت رقم 100 ،وقد جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي :

" من حق عقود الاذعان وهي ثمرة التطور الاقتصادى في العهد الحاضر أن يفرد لها مكان في تقنين يتطلع الى مسايرة التقدم الاجتماعي الذى أسفرت عنه الظروف الاقتصادية .

وقد بلغ من أمر هذه العقود أن أصبحت في رأى بعض الفقهاء سمة بارزة من سمات التطور العميق الذى أصاب النظرية التقليدية للعقد .

على أن المشروع لم ير مجاراة هذا الرأي الى غايته بل احتجز بذكر هذه العقود واعتبر تسليم العاقد بالشروط المقررة فيها ضربا من ضروب القبول .

فثمة قبول ملحوظ في اذعان العاقد فهو أقرب الى معنى التسليم منه الى معنى المشيئة "(116) .

ويقتضي هذا وضع قاعدة خاصة لتفسير هذه العقود تختلف عن القواعد التي تسرى على عقود المساومة ، وذلك كأن يفسر الشك في مصلحة الطرف المذعن دائنا كان أو مدينا خلافا للقواعد العامة .

ولا يمكن للموجب أن يرفض القبول لأنه من المنطقي القول بأنه في عقد الاذعان اذا اعتبرنا أن القبول الذى يتم عن طريق الرضوخ والاستسلام لشروط مقررة هو قبول " بالمعنى الحقيقي للكلمة فان الموجب لا يستطيع التحلل من التزامه حتى وان أراد لأن العقد يكون قد انعقد حينئذ .

---

(116) — مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصرى ح 2 ص67 .

المطلب الثاني : شروط صحة تكوين عقد الاذعان .

ولكي ينعقد عقد الاذعان صحيحا ويصبح منتجا لآثاره القانونية فانه يخضع كسائر العقود الى شروط صحة العقد .

فيجب أن يصدر ممن هو أهل للتعاقد سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا اذ تنطبق عليه القواعد العامة (المادة 78م.ج) ، كما يجب أن يكون خاليا من عيوب الارادة .

فلكي ينعقد العقد لابد من تطابق الايجاب والقبول ويكون ذلك التطابق بارادة خالية من أي عيب من العيوب وهي الاكراه ، التدليس ، الغلط ، والاستغلال والغبن (المواد من 79 الى 91 مدني جزائري).

غير أن عيوب الرضا بصورتهما التقليدية غير ظاهرة في عقد الاذعان لان دورها يتناقص ويكاد ينعدم أحيانا عند القابل .

الا أن القضاء قد جرى على حماية الطرف المذعن وجعل يتوسع في تقريب عيوب الارادة حتى يجيء طريق الغلاص من العقد .

ولقد حاول بعض الفقهاء تحليل بعض العيوب التي يمكن أن تصيب عقد الاذعان ، ونرى هنا ، هل تؤدى تلك العيوب الى نشوء عيب في الرضا أم تؤدى الى انعدام العقد ؟

وبتحليل عنصر الرضا في عقد الاذعان نراه ينحصر غالبا في الشروط الخاصة بهذا العقد ، وقد أرجعها برليوز الى عيبين أساسيين :

— الرضا عن طريق الغش أو التدليس .

— الرضا عن طريق الاكراه . (117).

وندرس ذلك تباعا :

أولا : الاذعان عن طريق الغش .

ان الانضمام يتضمن دائما نصيبا هاما من الثقة وقد تكون الثقة تولدت

---

(117) — جورج برليوز ، المرجع السابق ص 99 .

نتيجة غش من الموجب سواء تجاهلا منه أو عمدا في ذلك .

وحفاظا على عدم تقويض المبدأ الذي يقوم عليه هذا الاذعان باعتباره أداة اقتصادية فإنه من الضروري ترتيب جزاء على هذا الغش،

وعندما لا يكون الغش عمديا أو من الصعب اقامة الدليل على صفته العمدية فان القضاء يجنح الى الغلط و التدليس :

1) — الغلط : ان الغلط باعتباره عيبا يشوب الارادة ،هو توهم يقوم بذهن المتعاقد فيصور له أمرا على غير حقيقته بمعنى أن يجعله يعتقد بوجود واقعة أو صفة غير موجودة أو العكس فيعتقد مثلا أن الخاتم من الماس ثم يظهر من الزجاج ،أوساعة معتقد أنها من الذهب ،في حين أنها من النحاس ،أو يهب شخص ماله لآخر معتقد أنه قريبه ثم يتضح أنه ليس قريبا له . (118) .

(أنظر المواد 81 ،82 ،83 ،84 ،85 م .ج) . (119).

وعقد الاذعان بصفة عامة عبارة عن وثائق معقدة يصعب قراءتها و يعسر فهمها فالموجب فيها يسعى الى أن يحتمي ضد كل الاحتمالات أكثر من سعيه الى الافهام العامة ، وبالتالي من السهل أن يقع المتعاقد في الغلط.

ليس اذا من الغريب أن يقع الطرف المذعن في الغلط سواء فيما يتحمله من التزامات أو فيما له من حقوق ،فغلط المذعن يصبح اذا أدنى لاعتباره مغتفرا .

وأنه من الممكن أن نتساءل اذا كانت هذه النظرية في الواقع ليست خاصة بعقد الاذعان ؟

اننا نلمح في الواقع أن القضاء الذي يرتكز(120) على هذه النظرية (نظرية الغلط المغتفر) المتعلقة بعقد الاذعان ، لا تسلم من بعض المخاطر التي

---

(118) — د بدر جاسم اليعقوب :"أصول الالتزام في القانون المدني الكويتي ،الطبعة الاولى 1981 . ص235 . مطابع دار القبس —الكويت .

(119) — انظر احكام الغلط في التقنين العربية المادتين 120،121 م . مصري والمادة 147 مدني كويتي ،والمادتين 121،122 ،من القانون المدني السوري ،والمادتين 120 ،121 مدني ليبي ،والمواد 117، 118، 119،مدني عراقي والمواد 151 ،152 ،153 مدني أردني .

(120) — جاك قستان ،مفهوم الغلط في العقود . رسالة من باريس 1963 .

- Ghestin , la notion d'erreur dans les contrats. Thèse paris 1963.

تنشأ عنـه ، ومع ذلك فإن المحاكم تهدف الى حماية المتعاقد فتعطي مفهومـا واسعا في تفسيـر الغلط والتدليس ، كي تتمكن من ابطال العقد في المـواد التجاريـة . (121)

ولتفادى مثل هذا الغلط فإن القضاء يفرض على الموجب الالتزام بحسن النية عندما يكون عقد الاذعان معقدا وتصحبه قراءتـه على المذعن الذى ليس له فـي أغلب الأحيـان الوقت أو المعرفـة لقراءتـه .

لذا فان انضمامـه يستند الى حسن نية الموجب وهذا الالتزام المفروض على الموجب لا يقتصـر على عدم ايقاع المتعاقد في الغلط فحسب بل يجب عليـه الادلاء بكل المعلومات والتفسيرات الكافيـة حتى ينضم للعقد وهو على معرفـة كافية بشروطـه .

وفي حالة عدم احترام هذه المبادىء فان خطأ الموجب يعد غير مغتفر بل وحتى اذا كان المتعاقد نتيجة جهلـه أو اهماله قد وقع في الغلط .

وقد ذهب القانون الانجليزى الى نفس ما ذهب اليه القضاء الفرنسي فـي الاعتداد بحسن النية في المعامـلات .

وقد ذهب القضاء في المانيا واستعمل نص المادة 138 مدني وهو النص المقابل للمادة "6" فرنسي في مراقبة محتوى العقد والتي تنص على أن كل تصـرف مخالف للنظام العام أو الآداب يعد باطلا ، ولقد استخدمت هذه المادة لتفادى التعسف الناتج عن الشروط المبالغ فيهـا في عقـد الاذعـان .

فعندما يكون محرر الشروط العامة للعقود مستندا الى احتكار أو تفـوق اقتصادى سواء بنفسـه أو كانت تلك الشروط مستعملـة بصفة عامة في المهنة فانـه

---

(120) — جاك قستـان . مفهوم الغلط في العقود ، رسالة من باريس 1963 .

- ghestin , la notion d'èrreur dans les contrats . These paris 1963

(121) — المؤتمر الثاني والثمانون للموثقين المنعقد بفرنسا حول تكوين العقود ص 68 ، راجع التفاصيل في الاحكام الآتيـة ايكس 1950/12/15 . منشور في اللوز الدورى 1950/1 — 548 — .

في كل الاحوال يجب عليه الا يتعسف بالتأثر بهذا الوضع العام السائد .

فالمحاكم الالمانية قد جرت على أن أى شخص ينتهز فرصة معينة لفرض شروطه المجحفة بالمتعاقد فان تلك الشروط مآلها البطلان وفقا للمادة 1/138 . وانه على الرغم من أن القانون الالماني لا يحرم تحديد المسؤولية الا في ميدان المسؤولية التقصيرية (122) .

ومع ذلك فانه بالنسبة الى أولئك الذين يتيح لهم الاحتكار لخدمة معينة كالناقلين والوسطاء في التجارة الدولية ،فانه يعتبر الشرط المجحف المدرج ضمن الاحكام العامة لاغيا ،كما أن القانون الالماني قد نص على حسن النية في المعاملات (المادة 242 مدني ألماني).

خاصة بمناسبة تحرير الشروط العامة للعقد أثناء اعداده من جانب واحد . وقد أعطى القضاء الألماني تطبيقات متعددة كادت تطغى على كل الاحكام لهذا المبدأ.

2 — التدليس :

كان القضاء يعتبر مدح البضاعة واعطائها قيمة غير حقيقية من الامور العادية التي لا يمكن اعتبارها طرقا احتيالية بشكل بها التدليس في عقد البيع وبالتالي لا يبطل العقد (123) .

فالمشترى يجب أن يكون حذرا في مثل هذه الظروف اذ تعتبر من الامور الطبيعية غير أن المتعاقد يمكن أن يكون له غرض يدفعه الى التعاقد فيجب الاعتداد بهذا الغرض الخاص واعتباره .

غير أن موقف القضاء قد تطور اذ يفرض في عقد الاذعان على الموجب الادلاء بمعلومات كافية لضمان الثقة الضرورية للمعاملات من جهة ،ومن الجهة الاخرى فان التدليس يمكن أن يكون مفترضا في عقد الاذعان أكثر منه في العقود الاخرى، وهذا هو ما

(122) — انظر المادة 2/267 . مدني الماني ،وحكم محكمة هانوفر 1955/2/17.
(123) — برليوز ،المرجع السابق ص103 . والحكم الذى أشار اليه (ريوم . 12 ماى 1886 سيرى 35 . 2 . 13).

أكده الدكتور جورج برليوز ، من أن القضاء المتداول يحكم بأن التدليس يمكن افتراضه بسهولة في عقد الاذعان . (124).

والتدليس يطلق عليه في الفقه الاسلامي التغرير ،وهو استعمال طرق احتيالية بقصد ايقاع شخص آخر في غلط يدفعه الى التعاقد بحيث لولا هما، لما ارتضى العقد ، وقد أورد المشروع الجزائرى أحكام المادتين 86 ، 87م.ج (125)

وتنص المادة 86 م.ج على أنه " يجوز ابطال العقد للتدليس اذا كانت الحيل التي لجأ اليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه ،من الجسامة بحيث لولا ها لما أبرم الطرف الثاني العقد .

ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعه أو ملابسه اذا ثبت أن المدلس ماكان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة ".

وهذه الفقرة الاخيرة من المادة كافية لحل الكثير من المشاكل التي يطرحها عقد الاذعان .

ثانيا : الاذعان الجبرى (الانضمام بالاكراه).

المفروض أن يكون القبول نتاج ارادة حرة يكون له أثر قانوني أما اذا كان قد تولد نتيجة ضغط أو اكراه تأثرت به الارادة ،فان وجود هذا الضغط يعيبه ويصبح بذلك قابلا للابطال بسبب الاكراه لمصلحة الطرف المذعن :

1 ـ الاكراه :

يعرف الاكراه بصورة عامة بأنه : ضغط يقع على المتعاقد فيبعث في نفسه رهبة تدفعه الى ابرام العقد (126) .

---

(124) ـ برليوز ،نفس المرجع السابق ص 103 ،اذ يقول :

"Mais une évolution s'est fait jouir, la jurisprudence considère que le dol est plus facilement présumé dans les contrats d'adhesion"

(125) ـ أنظر أحكام التدليس في قوانين البلاد العربية 152 مدني مصرى ،المادة 151 مدني كويتي والمادة 126 من القانون المدني السورى والمادة 143 من القانون المدني الاردني " والتشريعات الاجنبية (المادة 1116 مدني فرنسي ،والمادة 28 من مدونة الالتزامات السويسرية).

(126) ـ أنظر في ذلك أصول الالتزام . د . بدرجاسم اليعقوب ،المرجع السابق ص247 .

وأحكام الاكراه في القانون المدني الجزائرى قد بينتها المادتان 88،89 م.ج (127) ان المشاكل الخاصة التي يفرضها تطبيق هذا المفهوم على عقد الاذعان هي الامكانات التي توءثر بدرجة معينة في الرضا فتعيبه . ومن تلك الامكانات ، النماذج والضغوط التي يمكن أن تصيب عقد الاذعان والتي توءثر في اقتصادية هذا العقد . (128)

وغني عن البيان أن الاكراه يمكن أن يكون حسيا كما يمكن أن يكون معنويا ، ومن أمثلة الاكراه المعنوى الذى يصيب عقد الاذعان ، ما يمكن حصوله في عقد العمل ، اذ يرى بعض الفقهاء أن مفهوم الاكراه المعنوى يمكن أن يعيب رضا الأجير الذى يعاني من بوءس البطالة للغاية ومن الضرورى أن يحصل على عمل فيقبل الاجر المعروض عليه مذعنا خاصة عندما يكون رب العمل صاحب وحدة فريدة تشغل نفس اختصاص العامل (129).

فحاجته الاجتماعية والاقتصادية ونوعية جنسه من المفروض أن تراعى من طرف الموجب ، ولذلك تنص المادة 3/88 م.ج على أنه " يراعى في تقدير الاكراه جنس من وقع عليه الاكراه ، وحالته الاجتماعية ، والصحية ، وجميع الظروف الاخرى التي من شأنها أن توءثر في جسامة الاكراه ".

والا فان العقد يصبح مجرد استسلام لتلك الشروط ، وعلى أية حال فإننا نرى أن معظم الفقهاء يوءكدون على بعض عيوب الرضا التي تناسب عقد الاذعان انما مرجعها اقتصادى حتى ولو كان الدافع اليها معنويا ، الا أن غايتها اقتصادية فالقانون المدني الجزائرى (130) لم يأخذ بعين الاعتبار تقدير الجنس والسن فقط وانما راعى أيضا الحالة الاجتماعية ، وهذا ما يوءدى الى تفسير الاكراه على أساس الشروط الاقتصادية والاجتماعية ، وعلى كل فان الاكراه ان وصل الى الحد

---

(127) — انظر أحكام الاكراه في التشريعات العربية 128 مدني مصرى ، 129 من القانون المدني السورى ، المادة 128 من القانون المدني الليبي ، المادة 156 مدني كويتي .

(128) — حول الضغوط الاقتصادية الموءدية الى عقد الاذعان ، ر ، ملاحظات الاستاذ كورني المنشورة في المجلة ربع السنوية للقانون المدني 1971 ص 168.

- Cornu, à propos des clauses penales dans les contrats de leasing. R.T.D.C. 1971.168.

(129) — اليكس ويل ، فرانسوا تيرى ، المرجع السابق ص 95 .

(130) — بوليوز ، المرجع السابق ص 104 .

الذي يعدم فيه الرضا فإنه يبطل عقد الاذعان ، أما ان كان العقد قد احتوى على اكراه أدى الى أن يقبل المتعاقد الشروط التعسفية فإن المشرع قد قرر ابطال الشرط التعسفي و تعديل العقد .

2 ـ التبعية الاقتصادية :

أشرنا سابقا الى العوامل الاقتصادية التي أدت الى نشأة عقد الاذعان ويزداد ظهور عقد الاذعان عندما تكون هناك تبعية اقتصادية ، اذ تصبح هناك سيطرة تامة من طرف الموجب القوى على التابع ، (المتعاقد الضعيف) .

و تصبح تبعية اقتصادية مؤثرة على العقد الذى يتم بينهما لذلك يقول كورنو (131) .

- " Les moyens conaminatoires que la partie dominante met en reserve entrent dans l'économie du contrat d'adhesion, au même titre que le couteau sous la table fait partie du jeu"

و تظهر تلك التبعية في العقد الذي يتم بين أفراد تابعين لدولتين مختلفتين حيث تعبر التجارة الحدود ، و هذا العقد الذى نقصده لا يختلف عن العقود الداخلية الا بتوفير عناصر معينة كاختلاف الموطن التجارى للمتعاقدين وانتقال السلعة من بلد الى آخر ، أو تمام التسليم في بلد غير الذى تم فيه الايجاب و القبول وغالبا ما يتأثر بالتبعية الاقتصادية (132) .

اذ تظهر تلك التبعية في العقد الدولي و ما ينتج عنه من آثار كالتحكيم الدولي و التقسيمات الدولية للعمل .

لذا فاننا لا نستطيع اليوم أن نفحص اقتصادية منشأة معينة دون أن نرتب مكانتها باندماجها ضمن الاقتصاد العالمي ويبدو هذا الاندماج أكثر عمقا في المجال الصناعي ، لما تشهده العلاقات الاقتصادية الدولية من تغير أو أزمات وان التقسيمات الدولية للعمل تخضع الى أسس مالية صناعية و فنية تظهر بعض مزاياها في العوامل الاقتصادية .

(131) ـ برليوز . المرجع السابق ص104 .
(132) ـ برنار جادو و روبير بليزون قانون التجارة الدولية 1976 د اللوز ، ص56

- Bernard. Jadaud. et Robert plaisant. Droit du commerce international. Dalloz. 1976.P.56

والتنظيم الدولي للانتاج الصناعي الذي نراه اليوم قد سهل انتقال رؤوس الأموال مستعملا في ذلك نقل الخبرة الفنية ، بواسطة عقد نقل الخبرة الفنية ،الذي يعتبر عقد اذعان ، ويعرفه بعض الفقهاء بأنه " ذلك العقد الذي ينقل مجموع المعلومات والاختصاصات والطرق والادوات الضرورية للتصنيع واستعمال أشياء نافعة "(133) . وهذا العقد عندما يتم بين الشركات المتعددة الجنسية ، والاشخاص سواء كانوا طبيعيين أو معنويين من بلدان العالم المتخلف ،لا شك أن دخوله مباشرة يؤدي الى عدم المساواة بين الاطراف ،فليس الذي في مركز القوة اقتصاديا ، كتلك الشركات كالذي لا يملك الا الخضوع والاذعان .

وهذا الاذعان يظهر سواء في اختيار القانون الذي يطبق أثناء النزاع،أو في تحديد الشروط العامة للعقد ،فاذا غالبا ما يختار بعض العقود النموذجية الدولية كتلك المتعلقة بميدان التجارة الدولية ،وبالتالي يلزم المذعن باستسلام لتلك القواعد .

ولذا فانه نتيجة للآثار السيئة التي تصيب المتعاقدين من البلدان الفقيرة من جراء هذه العقود قد اقترحت الجزائر أمام الجمعية العامة للأمم المتحدة جعل مبدأ التطبيق نظام اقتصادي دولي جديد (134) . وذلك التخفيف من حدة الالتزامات التي تترتب على العقود التجارية بالنسبة للمتعاقدين الذين ينتمون للبلدان الفقيرة أو النامية ولحل عدم رضا هؤلاء المتعاقدين عن الوضع الاقتصادي الحالي واضح غير أنهم لا يزالون يعقدون صفقات وعقود كثيرة مع الشركات الاحتكارية المتعددة الجنسية التي تحتكر احتكارا فعليا أو قانونيا الاساليب الفنية المتقدمة وهم مذعنون بحكم هذه التبعية الاقتصادية حينا وبضعف اقتصادهم أحيانا أخرى .

لذلك فان عقد الاذعان لا يقتصر على العقود الداخلية فقط بل يتعدى الى العقود الدولية الخاصة ،وذلك لامتداد ظاهرة الاحتكار الى المستوى الدولي وهذا أظهرها بالنسبة للشركات الاحتكارية المتعددة الجنسية وهذا ما أدى بالبعض أن يقرنوا معنى الاذعان بالاحتكار .

---

(133) فرانسوا بيزاك نقل التكنولوجيا . الطبعة الاولى 1981 ص8 . باريس .
- René François Bizec. Le transfert de thecnologie, 1er ED. 1981. P.8 Paris

(134) خطاب الرئيس الجمهورية الجزائرية في الدورة الاستثنائية للجمعية العامة للامم المتحدة التي دعت اليها الجزائر لاعادة النظر في العلاقات الاقتصادية الدولية واقامة نظام اقتصادي دولي جديد في أفريل 1973 . وأيضا في هذا الموضوع د. محمد البجاوي : من أجل نظام دولي جديد. اليونسكو 1978 .

المبحث الثاني : المحل والسبب والشكلية في بعض العقود .

و ندرس هذه الاركان في المطالب الثلاثة التالية :

المطلب الاول : المحل .

نص المشرع الجزائري عن محل العقد في المواد من 92 الى 98 من القانون المدني الجزائري ، و محل الالتزام هو كل ما يلزم به المدين ، وهو اما التزام بعمل أو بالامتناع عن عمل أو باعطاء شيء و يقصد به نقل أو انشاء حق عيني .
و شروط محل الالتزام هي أن يكون ممكنا فاذا كان مستحيلا كان العقد باطلا و جرى الفقه في حالة الالتزام باعطاء شيء على اشتراط أن يكون المحل موجودا بدلا من عبارة ممكنا ، و الواقع أن الامكان في هذه الحالة هو وجود المحل .

و أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعيين و ذلك مهما كانت صورته اذ يجب أن يكون محددا أو قابلا للتحديد ، و أن يكون محل الالتزام مشروعا ، أي قابلا للتعامل فيه اذا كان الالتزام باعطاء شيء .

و اذا كان محل الالتزام عملا أو امتناع عن عمل وجب الا يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب و الا كان العقد باطلا (المادة 6 مدني فرنسي ، 135 مدني مصري 96 مدني جزائري) .

فكل هذه الاحكام تنطبق على عقد الاذعان ، ولا شك أن عقد الاذعان لا ينحصر محله في أشياء معينة بل إنه أكثر العقود اتساعا اذ تكاد تغطي قائمة المسائل التي يرد عليها كل مواضيع الحياة اليومية ، لكونه فئة من العقود التي لها صور مختلفة ، فقد يكون محل الالتزام هو القيام بعمل كالنقل البرى أو البحرى أو الجوى ، اذ يقوم الناقل فيه بعمل هو شحن البضاعة المنقولة أو توصيل المسافر الى نقطة معلومة .

.../...

وقد يكون عقد تأمين على مخاطر مختلفة مدمجة في بوليصة التأمين غير أن الذي يميز عقد الاذعان هو كونه محررا من لدن الموجب وحده وهو مما يمكنه من ادراج بعض الشروط التعسفية .

والعقود النموذجية التي فرضتها طبيعة الانتاج والتوزيع للجمهور محررة بصورة منفردة من جانب الموجب وهي في الواقع محل اشروط تعسفية كما لاحظ ذلك تقرير غرفة التجارة والصناعة بباريس(135).

ويضرب التقرير أمثلة بالشروط الاكثر شيوعا في الحياة اليومية (136) وهي أن البائع يحدد ثمن البيع وفقا لتسعيرته ويحتفظ الى احتمال تعديل صفة الشيء المطلوب دون تغيير الثمن . ويعفي نفسه اعفاء كليا أو جزئيا من الضمانات القانونية بالنسبة للعيوب الخفية ويجعل تاريخ التسليم شكليا ولا يرتب على التأخير أية مسؤولية.... وكذلك بالنسبة الى نقل المورد للبضاعة فانه قد يحمل التبعة على المشتري .

بالاضافة الى بعض الشروط الاخرى كالشرط الجزائي الذي من الممكن أن يوقع على المذعن فقط ، وشروط التجديد الضمني أو التلقائي التي تربط الزبون مدة طويلة وإدخال شروط التحكيم أو المحددة للاختصاص والتي تعطي امتياز للطرف الموجب ،(137) .

---

(135) — جاك قسطان ، المرجع السابق : ط 1930 ، الشروط التعسفية عقد الاستهلاك ص3 ، عن تقرير قدم باسم لجنة التجارة الداخلية من طرف السيد / جيبارق . وقد وافقت اللجنة على التقرير في محضر جلستها يوم 3 أفريل 1976 وقد جاء فيه :

- " Il peut se faire des lors, que le rédacteur informément applicable a un grand nombre de contractants. En profite pour inseres des clauses qui obligent ses propres obligations et alourdissent sans contrepartie celle de les contractants " .

(136) — ان الامثلة التي أوردها التقرير هي مستخلصة من المقالة التي كتبها برل " PRELLE " وأليسي " ALESSI " حول عقود الاذعان وحماية المستهلكين غازيت دي باليه 1973 ص 713 .

(137) — برليوز المرجع السابق ص 37 بند 59 ، عن ربح ، العقد النموذجي وعقد الاذعان ص 102 .

فالمحل في عقد الاذعان هو مجموع الشروط التي يحررها الموجب ويلتزم بها المدين ليشكل بها نظاما في العلاقة القانونية وتكون غير قابلة للمناقشة ، فقواعده عموما تكون محررة بارادة منفردة من الطرف القوى.

أما في عقود الممارسة فان محل العقد يناقش بصورة واضحة خاصة عندما يتعلق الامر بعقد أطرافه على علم وخبرة بذلك الميدان فيناقشان بكل حرية الشروط التي تتضمنها وثيقة العقد ويستبعدان مايريان استبعاده فيكون بذلك تراضي ، وذلك الرضا المنصب على المحل هو الذى يعطي الأثر القانوني لتلك الشروط .

وبمعنى آخر فانه يكون للمتعاقدين أن يتفاوضا في معظم الشروط ومع ذلك فان الاختلاف في شرط جوهرى واحد يمنع أثر تلك الشروط لكون التراضي لم يتم بعد .

أما في عقد الاذعان فلا توجد تلك المفاوضة ولا تلك المساواة ، فشروط التعاقد تعد مسبقا من الموجب دون مناقشة من الطرف الآخر فيقبل العقد كما كان عليه محله في حالة الايجاب ، وعدم وجود الحوار والمفاوضة يجعل المحل ثابتا مستقرا لا يمكن استبعاد أى شرط من شروط محتواه سواء كان في وثيقة العقد ، أو كان شرطا آخر تابعا له في وثائق أخرى.

وفي الواقع فانه لا يحد من تلك الشروط سوى النظام العام أو الآداب وكذا مدى مطابقتها للقانون ، وفقا لنوع العقد ، فاذا كانت بعض الشروط مخلة بالنصوص القانونية المتعلقة بالنظام العام تكون باطلة .

وتطبيقا لذلك تنص المادة 622 م.ج على أنه :

" يكون باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الاتية :

ـ الشرط الذى يقضي بسقوط الحق في التعويض بسبب خرق القوانين أو النظم الا اذا كان ذلك الخرق جناية أو جنحة عمدية .

.../...

— الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التعويض بسبب تأخره في اعلان الحادث المؤمن منه الى السلطات أو تقديم المستند اذا تبين من الظروف أن التأخر كـــان لعذر مقبول .

— كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر ، وكان متعلقا بحالة من الاحوال التي تـــؤدى الى البطلان أو السقـــوط .

— شرط التحكيم اذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعـــة لا في صورة اتفـاق خاص منفصل عن الشروط العامـــــة .

— كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفة أثر في وقوع الحادث المؤمن منه" .

المطلب الثانـــي : السبـــب .

السبب : هو الغرض الذى يقصد الملتزم الوصول اليه من وراء التزامـــــه .

والفرق بينـــه وبين المحل — كما يقال عادة — هو أن المحل جواب من يسأل بماذا التزم المدين ؟ أما السبب فجواب من يسأل لماذا التزم المدين ؟ والسبب في هذا المعنى لا يكون عنصرا في كل التزام بل يقتصر على الالتزام العقدى ، اذ الالتزام غيـر العقدى لم يقم على اتجاه ارادة الملتزم لاحداث الاثر القانوني ، حـــتى يصح السؤال عن الغرض الذى قصد اليـــه من وراء التزامـــه .

والسبب كعنصر في الالتزام العقدى انما يتصل أوثق الاتصال بالارادة . والحق أن السبب ليس هو الارادة ذاتها ، ولكنـــه هو الغرض المباشر الذى اتجهـــت اليـــه الارادة (138).

ولذلك فان السبب ركن في العقد غير ركن الارادة ولكن الركنين متلازمـــان . غيرأن نظرية السبب قد انتابتها تطورات منذ العصر الروماني الى القانون الكنسي فالي القانون الفرنسي القديم ثم الى التشريعات الحديثـــة .

فالسبب في نظرية القضاء الفرنسي ، التي أخذ بها المشروع المصرى والجزائرى وهو الباعث الدافع الموجه للملتزم في أن يلتزم" mobile impulsif et déterminant "

(138) — د . السنهورى المرجع السابق ص 452 .

وما دامت الارادة قد أصبحت حرة طليقة في أن تنشيء ما تشاء من الالتزامات وما دامت الارادة لابد لها من باعث يدفعها فيجب أن يشترط القانون ان يكون هذا الباعث مشروعا ، وان يكون الغرض الذي ترمي الارادة الى تحقيقه غرضا لا يحرمه القانون ولا يتعارض مع النظام العام ولا يتنافى مع الآداب . فالباعث الدافع الرئيسي هو الذي يعتد به . ومتى أمكن الكشف عنه وجب الوقوف عنده ، اذ يكون هو السبب . بهذا المنطق الصحيح شق القضاء الفرنسي طريقه الى النظرية الحديثة وساير الفقه الحديث القضاء في هذا الطريق .

وهكذا فان القضاء يطبق هذه النظرية على كل العقود .

وقد اعتنق المشرع الجزائري النظرية الحديثة مثل القانون المصري اذ نصت المادة 96 م . ج على أنه " اذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا " . وهي تقابل المادة 136 من القانون المدني المصري الحالي الذي نص في المادة 34 على أنه يشترط في التعهدات والعقود أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانونا . وفي القانون المدني الفرنسي تنص المادة 1131 على أنه لا ينتج الالتزام أثرا ما اذا لم يكن مبنيا على سبب أو كان مبنيا على سبب كاذب أو على سبب غير مشروع .

وعلى كل فان العقد اذا لم يذكر فيه سبب فيفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك (المادة 98 مدني جزائري ، م 137 مدني مصري) وبما أن عقد الاذعان هو عقد نموذجي ، كعقد التأمين البري ، والبحري وعقود النقل بأنواعها الثلاث ، وما يرد عليها ، فان سببه دائما يكون مشروعا الى أن يثبت العكس .

ويقول الدكتور السنهوري " والقضاء في مصر كان أكثر تمشيا من الفقه مع النظرية الحديثة فأخذ بها في كثير من أحكامه ، وقد اقتفى في ذلك القضاء في فرنسا (139) .

---

(139) ـ د . السنهوري ، المرجع السابق ص 516 .

المطلب الثالث : الشكلية في بعض العقود .

ان أكثر العقود في القانون الحديث رضائية اذ يكتفي لانعقادها اقتران الايجاب والقبول . ولا يمنع من أن تشترط الكتابة لاثبات العقد الرضائي ،اذ يجب التمييز بين وجود العقد وطريقة اثباته .

فما دام يكفي في وجود العقد رضاء المتعاقدين فالعقد رضائي ، حتى لو اشترط القانون لاثباته الكتابة والفائدة العلمية من هذا التمييز أن الكتابة اذا كانت لازمة للاثبات فان العقد غير المكتوب يجوز اثباته بالاقرار أو باليمين ، أما اذا كانت الكتابة ركنا شكليا في العقد فان العقد غير المكتوب يكون باطلا ، والقاعدة العامة في العقود هي الرضائية والاستثناء هي الشكلية .

والعقود الشكلية هي تلك التي لا يكفي لانعقادها مجرد التراضي بل يجب أن يقع التراضي في شكل خاص نص عليه القانون كعقد الشركة التجارية والرهن الرسمي ،" Acte authentique " ومثالها الرهن الرسمي أو التأمين المادة 883م.ج والمادة 1031 مدني مصرى ،وفي عقد المرتب مدى الحياة جاء في المادة 615 م.ج التي تقابل المادة 743 مدني مصرى " العقد الذى يقرر المرتب لا يكون صحيحا الا اذا كان مكتوبا وهذا دون اخلال بما يتطلبه القانون من شكل خاص لعقود التبرع " (140).

وفي عقود الشركة نصت المادة 418 م.ج على أنه " يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا والا كان باطلا .

وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات اذا لم يكن له نفس الشكل الذى يكتسبه ذلك العقد ". وهي تقابل المادة 751 مدني مصرى .(141) .

---

(140)— ر . المادة 708 قانون مدني سورى ،والمادة 779 من القانون العراقي .

(141)— وتقابل في الدول العربية المادة 1/475 من القانون المدني السورى ،والمادة 1/623 من القانون العراقي .

غير أنه يجوز أن يتفق العاقدان على أن عقداً رضائياً بطبيعته كعقد البيع ، لا ينعقد الا بالكتابة ، اذ ليس في ذلك ما يخالف النظام العام وحسن الآداب .

وطبقاً لارادة العاقدين فلا يوجد هذا العقد الا اذا كان مكتوباً ويجب أن تكون نية المتعاقدين صريحة في ذلك ، وأنهما لم يقصدا أن تكون الكتابة للاثبات فقط ، وعند الشك يرجح أن تكون الكتابة للاثبات ، الا أنه لا يجوز الاتفاق على جعل عقد شكلي عقداً رضائيــاً .

وكان المشروع التمهيدى للقانون المصرى الحالي يشتمل على نص المادة 148 منه الذى جاء فيــه :

" 1 ـ اذا فرض القانون شكلاً معيناً لعقد من العقود فلا يكون العقد صحيحاً الا باستيفاء هذا الشكل ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلـــك .

" 2 ـ واذا قرر القانون للعقد شكلاً معيناً وجب استيفاء هذا الشكل أيضاً فيما يدخل على العقد من تعديل ، لا فيما يضاف اليه من شروط تكميلية أو تفصيلية لا تتعارض مع ما جاء فيه ".

وقد علقت المذكرة الايضاحية للمشروع على هذا النص بما يأتي :

" يقضي التقنين الالماني في المادة 125 والتقنين السويسرى المادتان 11 ، 12 والتقنين البرازيلي المادة 130 بأن عدم استيفاء عقد من العقود الشكل الذى يرفضه القانون له يستتبع البطلان أصلاً ما لم ينص على خلاف ذلك وقد آثر المشروع اتباع هذا المذهب فخالف مذهب التقنين البولوني المادة 110 في هذا الشـــأن .

فاذا تطلب القانون شكلاً خاصاً وأطلق الحكم بغير تعقيب فمن الطبيعي أن يكون استيفاء هذا الشكل شرطاً لوجود العقـــد .

.../...

أما اذا كان الشكل قد فرض لتهيئة طريق للاثبات فحسب ، فمن واجب القانون أن ينص صراحة على ذلك ، وكل تعديل يدخل على عقد لا يتم الا بالكتابة يعتبر باطلا اذا لم يستوف الشروط التفصيلية أو التكميلية التي لا تنطوي على مثل هذا التعارض فالاتفاق على ترميم منزل بيع بمقتضى عقد تم بالكتابة ليس الا شرطا تفصيليا لا ضرورة الكتابة فيه ، ويختلف عن ذلك حكم ما يضاف الى التعاقد الأول من شروط ، ونصوص جديدة (فيك و مولار ، تعليقات على تقنين الالتزامات السويسري ج 1 . المادة 12 نبذة 4 ، 5). (142).

---

(142)— د . محمد كامل مرسي . المرجع السابق ص 13 ، 14 .

الفصل الثاني : اثبات عقد الاذعان .

نجمل هنا القواعد العامة في الاثبات التي أوردها المشرع الجزائري في الباب السادس من القانون المدني ثم نعرض لاثبات عقد الاذعان .

المبحث الأول : اثبات الالتزام في القانون المدني الجزائري :

تنص المادة 323 م.ج " على الدائن اثبات الالتزام وعلى المدين اثبات التخلص منه ". ولكي يثبت الدائن الالتزام لابد أن يثبت مصدره سواء كان العقد أو الارادة المنفردة أو العمل النافع أو الفعل الضار أو القانون .؟

ويكون الاثبات بالكتابة فيما تجاوز قيمته 1000 دينار جزائري اذ تنص المادة 333 م.ج على أنه في غير المواد التجارية اذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 1000 د.ج أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز البينة في اثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك ".

والاثبات بالكتابة يكون أما بورقة رسمية أو عرفية ، والورقة الرسمية يعرفها المشرع في المادة 324 م.ج بأنها " الورقة الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ماتم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للاوضاع القانونية في حدود سلطاته واختصاصه ".

أما العقد العرفي فيعتبر صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب اليه من خط وامضاء أو ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الانكار ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الامضاء هو لمن تلقوا منه هذا الحق.

ولا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه الا منذ أن يكون له تاريخ ثابت ويكون تاريخ العقد ثابتا ابتداء من يوم تسجيله ، أو من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام ، أو من يوم التأشير عليه على

يد ضابط عام مختص وفي حالة الوفاة من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط وامضاء ، غير أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف رفض تطبيق هذه الاحكام فيما يتعلق بالمخالصة "المادتين 327 ، 328م . ج) ويقدر الالتزام باعتبار قيمته وقت صدور التصرف ويجوز الاثبات بالبينة اذا كانت زيادة الالتزام على الألف دينار جزائرى لم تأت الا من ضم الملحقات الى الأصل .

ولا يجوز الاثبات بالبينة ولو لم تزد القيمة على الالف دينار جزائري فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه مضمون عقد رسمي .

أواذا كان المطلوب هو الباقي أو هو جزء من حق لا يجوز اثباته الا بالكتابة واذا طالب أحد الخصوم في الدعوى بما يزيد قيمته على ألف دينار جزائري ثم عدل عن طلبه الى ما لا يزيد على هذه القيمة م (334م . ج غير أنه يجوز الاثبات

بالبينة فيما يجب اثباته بالكتابة اذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة وهي :

— كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال (م 335). أواذا وجد مانع مادى أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي واذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن ارادته (م 336) .

كما يمكن الاثبات عن طريق القرائن وهي اما قانونية أوقضائية .

والقرينة القانونية تغني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الاثبات ،على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك م 337م . ج . وثم قرائن قانونية لا تقبل اثبات العكس كالاحكام الحائزة لقوة الأمر المقضي اذ تنص المادة 338م.ج على أن " الاحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ،ولا يجوز قبول أى دليل ينقض هذه القرينة ولكن لا تكون لتلك الاحكام هذه الحجية الا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بحقوق لها نفس المحل

.../...

والسبب ،ولايجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائيا".

أما القرينة القضائية فمقتضاها أن يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون ،ولا يجوز الاثبات بهذه القرائن الا في الاحوال التي يجيز فيها القانون الاثبات بالبينة (م 340).

ويكون الاثبات بالاقرار ،الذى هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة (م341م.ج).

والاقرار حجة قاطعة ولا يتجزأ على صاحبه الا اذا قام على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الاخرى.

كما أن اليمين ،—وهي اما حاسمة أو متممة —يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة الى الخصم الآخر . على أنه يجوز للقاضي منع توجيه هذه اليمين اذا كان الخصم متعسفا في ذلك ،ولمن وجهت اليه اليمين أن يردها على خصمه غير أنه لا يجوز ردها اذا قامت اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان بل يستقل بها شخص من وجهت اليه اليمين . م 343م.ج .

ويجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى (م 344.م.ج) . وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه .

أما اليمين المتممة فقد خول المشروع المدني الجزائرى للقاضي في المادة 348 أن يوجه اليمين المتممة تلقائيا الى أى من الخصمين ليبني على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو فيما يحكم به .

ويشترط في توجيه هذه اليمين الا يكون دليل كامل ،والا تكون الدعوى خالية من أى دليل .

ولا يجوز للخصم الذى وجهها اليه القاضي أن يردها على خصمه م 349 م . ج).

المبحث الثاني : اثبات عقد الاذعان بالرجوع الى مصدره .

اثبات عقد الاذعان بالرجوع الى مصدره .

علينا التعرض الى اثبات مصدر عقد الاذعان المتمثل في :

- الشروط العامة .
- العقود النموذجية .
- بعض المصطلحات الأصلية .

وندرسها على الترتيب في ثلاثة مطالب ونعقبها بمطلب رابع نبين فيه اثبات عقدين من عقود الاذعان وهما عقد النقل وعقد العمل .

المطلب الاول : الشروط العامة .

ونعني بالشروط العامة تلك التي تقدم في صورة قائمة وترفق بالعقد ، أو تلك التي يعتمدها العقد كمرجع ويطلق عليها قائمة الشروط (cahier des charges) وتكون هذه الشروط معدة من أحد الاطراف . وهي تظهر غالبا في صورة لوائح داخلية أو في صورة ملصقات . فالشركة الجزائرية للتأمين مثلا قد طبعت نشرة (كتيب) ضمنتها الاحكام أو الشروط العامة لعقد التأمين ويوجد لدى كل مكتب من مكاتب التأمين بعنوان " الشروط العامة لعقد التأمين — عقد التأمين المتعدد الاخطار المهنية " .

وتظهر الشروط العامة في عقد البيع نتيجة لتكاثرها وسرعة المعاملات التي اقتضتها الحياة التجارية اذ نجد أن عقد البيع يتم في صورة طلب بضاعة " bon de commande " يبين فيها نوع السلعة المطلوبة وميعاد تسليمها وقد تكون جاهزة وتقدم للمشترى التوقيع عليها دون مراعاة لفارق القوى الاقتصادية ولكن غالبا ما تكون تلك الشروط العامة محاطة بقواعد تشريعية مما يخفف من صفة الاذعان فيها .

.../...

غير أنه في بعض العقود يحاول طرفا العقد (البائع ، والمشترى) أن يتخلص كل منهما من المسؤولية التي من الممكن أن توقع على أحدهما مما يؤدى بهما الى ما يسمى بحرب الصيغ " bataille des formulaires ". (143) لاثبات وجود الشرط أو عدمه .

وقد اتسعت الشروط العامة وأصبحت تقابل الافراد في كل تصرفاتهم اليومية فالمسافر وهو يضع امتعته في مخزن الودائع ،أو يركب القطار، والمتعامل مع البنوك أيضا يخضع لهذه الشروط العامة.

ولهذا فانه يمكن اثبات عقد الاذعان بالرجوع الى هذه الشروط العامة المتداولة بالاضافة الى أن القاضي يرجع عند تفحصه لهذا النوع من القضايا الى التشريع المطبق في مجال تلك العقود ،فيقارن تلك الشروط العامة الثابتة في لوائح الشركة أو المصرف بذلك التشريع ، لانه بتدخله دائما ينشد العدالة فيفسر تلك الشروط التفسير الصحيح (لأن وظيفة القاضي التفسير فقط وليس وضع الشروط والا كان قد تدخل في تكوين العقد).

وقد بين المشرع الليبي أحكام هذه الشروط ومدى سريانها على العقد وقد جاء في المادة 150 مدني ليبي (تسرى على الطرف الآخر شروط العقد العامة التي يضعها أحد المتعاقدين اذا كان على علم بها وقت ابرام العقد أو كان من المفروض أن يعلمها حتى لو أعارها انتباه الشخص العادى ،وعلى كل حال لا أثر لشروط تحد من المسؤولية أو تحلل من العقد أو توقف تنفيذه اذا كانت لصالح من وضعها ،ولا أثر لشروط تفرض على المتعاقد الآخر سقوط المدد وتحديد صلاحية الاعتراض بالدفع أو قيود تمس حرية التعاقد في العلاقات مع الغير وتحديد العقد

---

143) — برليوز ،المرجع السابق ص 33 .

أو تجديده ، ولا اثر كذلك لشروط التملك أو الحد من صلاحية القضاء اذا لم يتم الاتفاق على تحديدها خطيا " (144) .

فاذا انصب النزاع على اثبات الشروط العامة ، فان هذه الشروط تكون مكتوبة و يسهل الرجوع اليها ، وتطبيق أحكامها " .

المطلب الثاني : اثبات عقد الاذعان بالرجوع الى العقد النموذجي .

اثبات عقد الاذعان بالرجوع الى العقد النموذجي .

تعتبر العقود النموذجية مصدرا هاما من مصادر عقد الاذعان (145)، واذا كان مصطلح " العقد النموذجي ليس ذا أصل قوى فانما يرجع ذلك ليس الى حداثته وانما الى التعديلات التي تدخل عليه في كل مرة .

و منذ قرون خلت ، أعتاد رجال القانون الى الرجوع الى صيغ معينة تتم عليها التصرفات و العقود ، ويمكن ملاحظة ذلك بالرجوع الى الشكليات و الاعراف التي استقرت في تلك العصور .

فالرجوع الى الاعراف ، خاصة في بلدان ما يسمى بالشريعة العامة " common law " ، يوفر الرجوع اليها الاطمئنان لدى المتعاقدين ، اذ أنها عبارة عن قواعد أرسيت نتيجة خبرة طويلة .

و تظهر الفائدة في العقود النموذجية عندما تكون مصدرا لعقد الاذعان في سهولة اثباته ، وذلك بمقارنة العقد النموذجي المكتوب ، أو القانون العرفي الممثل للعادات المهنية بالعقد محل النزاع .

---

(144) — د . عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، ط 1974 بند 86 .
دار النهضة العربية بيروت .

(145) — جاك ليوتي . المجلة ربع السنوية للقانون المدني 1953 ص 429 .

- J. léauté R.T.D.C. 1953. P. 429.

لذلك يقول السنهوري: " ... وذلك بالرجوع اليها لكونها تحتوى على قواعد عامة ومجردة ، وذات انماط خاصة ، وما على الفرد الا أن يحافظ على تلك الانماط باستعمالها "(146).

فالعقود النموذجية تعتبر مشروع عقد الى أن يقبلها الطرف المذعن فتظهر عقدا تحت عنوان آخر ، وبذلك تكون نموذجا لعقد مستقبلي "(147).

فالعقود النموذجية تحتوى على شروط عامة ومجردة وما على المذعن الا ان ينضم اليها . لذلك فهي تتضمن نوعا من عدم التوازن واستعمالها يكون من الطرف القوى الذى يجعله ممتازا في انفراده بوضع تلك الشروط التعاقدية وتحديدها .

ان العقود النموذجية التي يتزايد استعمالها يوما بعد يوم ، كانت محل اقتراح المنظمات والنقابات المهنية من أجل حل المشاكل المتعلقة بتكوين العقود وتنفيذها والمسؤولية الناجمة عن عدم التنفيذ .

وقد اقترحت تلك النقابات شروطا نموذجية من شأنها أن تسد الفراغ المتعلق بقواعد الايجاب والقبول ، وتلك حقيقة نجدها حتى في ميادين النشاط التي تستعمل فيها نماذج للعقود بصورة موسعة ، كالعقود المتعلقة بالنشاط الصناعي والتجارى ونقل الخبرة الفنية (التكنولوجيا) بصورة عامة .

غير أن صعوبة تحرير الشروط في نماذج متماثلة ، وفي نفس الوقت تتمشى مع اعداد أنواع مختلفة من الروابط العقدية يبقى دائما السبب في أن تكون تلك النماذج محل شروط تعسفية ، ذلك لأنها توكل الى اختصاصيين وفنيين يراعون في تحريرها مصلحة المؤسسة أو المشروع أو الهيئة التي كلفتهم بهذا الاعداد . الا أن العقد النموذجي لايخلو من فائدة في المعاملات قصد الاذعان

---

(146) ـ د . السنهوري ، المرجع السابق ص 236 .

(147) ـ برليوز ، المرجع السابق ص 34 يقول :

- tant que " le contrat type " reste une " fprmule type de contrat" il ne cons[titue] pas un contrat au sens de l'article1101 du code civil, mais un modèle pour [les] future contrats."

وأبرز مثال هو العقود الدولية البحرية ، فقد جرى التعامل فيها على ايجاد صيغ عقود نموذجية " contrats types " بحيث تبرم أغلب العقود على منوالها . وأشهر هذه النماذج نموذج عقد جانكون " GENCON " الانجليزي ونموذج لوتيتيا "lutetia " الفرنسي ، وهما خاصان لايجار السفينة بالرحلة ، وبالتيم "baltime " فيما يختص بعقود ايجار السفينة بالمدة .

فهو عقد مكتوب و يمكن الرجوع اليه عند النزاع و لا يكلف القاضي عناء كبيرا سواء في اثبات العقد ذاته عندما يتعلق الامر بعقود تكون الكتابة فيها ركنا في العقد كايجار السفينة ، وعقد الشركة ، أو في تنفيذها اذ تبين كيفيات التنفيذ في العقد .

المطلب الثالث : الاثبات عن طريق المصطلحات الاصلية :

ان ايراد المصطلحات قد يبدو غريبا ، الا أن هذه المصطلحات اذا ما استعملت خاصة في العقود الدولية فانها تساعد على اثبات مصدر عقد الاذعان ، كما يلتجئ اليها القاضي بعد تكوين العقد في تفسيره .

لذلك فان كل مصطلح من المصطلحات التي سنبينها يعني تكوين عقد الاذعان بطريقة معينة يمكن للقاضي أن يثبت بها العقد ، و لذلك يعبر عنها بالمصطلحات الاصلية "les termesnormalisés" فهي تحقق نوعا من ارجاع الشروط الى أصول معينة لمختلف العقود النموذجية ، ونجدها تشكل مصدرا من مصادر عقد الاذعان فتساعد القاضي على التفسير السليم و تجعل تلك الشروط في اطارها القانوني .

و أشهرها مجموعة المصطلحات التي أقرتها غرفة التجارة الدولية(148) والتي يطلق عليها " Incoterms "، و استعمالها يرافق في أغلب الاحيان كل العقود التجارية الدولية ، فمثلا في عقد التأمين تستعمل المصطلحات التالية : F.O.B، C.F. F.O.R، F.A.S. وكذلك في البيوع الدولية . و نورد شرح بعضها في مايلي :

1 — البيع سيف . . . أو البيع كاف ، وهو أكثر البيوع الدولية استعمالا في عصرنا الحاضر ، أوجده التعامل الامريكي ، ويتميز بأن البائع يسلم البضاعة للمشتري في مرفأ الشحن ، الا أنه يلتزم بأن يتولى عمليتي الشحن و عقد التأمين على البضاعة

---

(148) برليوز ، المرجع السابق ص35 ، بنده 56 .

ضد الاخطار البحرية من هلاك أو تلف ، وفي مقابل ذلك يدفع المشتري للبائع ثمن البضاعة المتفق عليه ، ونفقات الشحن ،وقسط التأمين ،وبذلك يتميز البيع سيف بـ :

أ — أن المشتري يصبح مالكا للبضاعة منذ شحنها الا أن انتقال الملكية اليه يقتضي أن تكون هذه البضاعة معينة بذاتها ، ويتحقق ذلك بفضل وثيقة الشحن التي تعين فيها البضاعة بوزنها ونوعها وعلاماتها المميزة .

ب — يجب على البائع أن يجرى عقد النقل خلال فترة زمنية يحددها العرف التجارى بحسب طبيعة البضاعة ،وبلد المقصد ، وهي عادة شهران من تاريخ العقد في الحالات العادية وثلاثة أسابيع في الحالات المستعجلة ، ويمكن أن يشترط المشترى في حالات العجلة القصوى أن يكون الشحن بأسرع ما يمكن ،وفي هذه الحالة يجب أن تشحن البضاعة على أول سفينة مغادرة .

جـ — يجب على البائع أن يعقد تأمينا بحريا على البضاعة ، وتتم هذه العملية بين البائع وشركة التأمين لحساب المشترى ،وترفق وثيقة التأمين مع وثيقة الشحن (149).

د — تشكل عملية التأمين والشحن جزءا من عقد البيع ،اذا لم يقم بهما البائع فللمشترى أن يطلب فسخ العقد وطلب التعويض .

هـ — يجب على البائع أن يحدد للمشترى دفع الثمن وقسط التأمين وأجور الشحن ، وهي اما أن تدفع نقدا أو أن تدفع بموجب ما يمس بالاعتماد المستندى .

2 — ومصطلح البيع (FOB) هو أيضا عقد بيع تنتقل فيه ملكية المبيع للمشترى بمجرد تسليمه البضاعة في مرفأ الشحن بحيث يصبح مسؤولا عن هلاك البضاعة أو تعيبها بعد ذلك .

---

(149) — د . هشام فرعون — القانون البحرى — 1975 ، 1976 ص247 ، 248 مطبعة كرم دمشق .

ومع ذلك يختلف البيع "سيف" عن البيع "فوب" في أن البائع في البيع فوب لا يلزم بإجراء عقد النقل والتأمين لحساب المشتري وانما يجب على المشتري أن يباشر هاتين العمليتين شخصيا أو من قبل وكيله، وبذلك تنتهي في البيع فوب التزامات البائع تجاه المشتري بمجرد تسليم البضاعة المبيعة في مرفأ الشحن (150).

3 — وهكذا فان كل مصطلح من المصطلحات يمثل قواعد عديدة (أنظر بقية المصطلحات في قانون التجارة الدولية للاستاذين جادو، وبليزان، اذ يفسر معاني المصطلحات (EXQUAY. EX.SHIP. FRET. F.A.S.) (51). وقد يجهلها المتعاقد خاصة اذا لم يكن من المشتغلين بالتجارة الدولية وبذلك تكون مصدرا للاذعان.

المطلب الرابع : في اثبات بعض عقود الاذعان :

ونظرا لاتساع فئة عقود الاذعان فإننا سنقتصر هنا على إعطاء مثال يتعلق باثبات عقد النقل الذي هو من أبرز عقود الاذعان، وآخر لعقد العمل.

أولا : عقد النقل.

عقد النقل هو " اتفاق بمقتضاه يلتزم شخص يطلق عليه أمين النقل أو الناقل بنقل أشخاص أو أشياء من جهة الى أخرى بواسطة اداة نقل في مقابل أجر".

وتتحدد أركان عقد النقل في ضوء طبيعته، وأركانه هي :

من حيث النشأة : فهو عقد رضائي تبادلي، ومن حيث محله فهو

---

(150) — د. هشام فرعون، المرجع السابق، ص249.

(151) — برنار جادو وروبير بليزان، قانون التجارة الدولية 1976 ص68.

- Bernard jadaut et Robert plaisant, droit de commerce international 1976.P.68.

وأيضا الوثيقة السادسة المتعلقة بالتأمين البحرى والتي يصدرها معهد الاقتصاد والنقل البحرى ط 1974، ص61، 62.

- Brochures, institut d'économie des transports maritimes. 6.
Assurance maritime. 1974.PP.61.62.

ينصب على تغيير المكان وتستوي في ذلك البضائع أو الاشخاص .

ومن حيث السيطرة على الموضوع ،يجب أن يكون للناقل اليد العليـــا في ادارة النقل تجاريا وفنيـــا .

ومن حيث الاحتراف ، يجب أن يكون الناقل محترفا لنشاطه أى يتقاضـــى أجرا عن كل عمليـــة .

وعقد النقل هو من فئة عقود الاذعان ،لذا يقول مصطفى كمال طه " علـى أن هذا العقد في الحقيقة من عقود الاذعان ،اذ أن الناقل يعلن عن الشروط التي يقبل التعاقد بمقتضاها ويحدد ثمن النقل ، ولا يملك الراكب الا الاذعان لهـــذه الشـــروط " (152) .

والذي يهمنـا هنا هو اثبات عقد النقل من حيث نشأتـــه :

ينشأ عقد النقل بمجرد التراضي بين طرفين أو عدة أطراف ،فلا تشـــترط له شكلية معينـــة ، وعلى ذلك قد يكون عقد النقل مكتوبا ،وقد يكون مشافهـــة، فالكتابة ليست ركنا في العقد بل وليست ركنا في الاثبات ،ويترتب على ذلك امكـانية اثبات العقد بكافة طرق الاثبات التي أشرنا اليها بما فيها شهادة الشهـــود والقرائن، وهذا المعنى هو الذى تؤكده المادة 30 من القانون التجاري الجزائرى :

" ونصها " يثبت كل عقد تجارى بالسندات الرسمية ،سندات عرفية .... بالاثباتات بالبينة أو بأية وسيلة أخرى اذا رأت المحكمة بوجوب قبولها " .

على أن هذه القاعدة تقتصر حدودها على من كان عقد النقل تجاريـــا بالنسبة اليه وهو الناقل ،أما اذا كان النقل مدنيا بالنسبة لاحد الاطراف كنالبيـة المسافرين ومرسلي البضائع فان اثبات النقل في مواجهته لا يكون الا بالكتابـــة ما لم يكن المبلغ المدعى به في حدود ما يقابل الاثبات بكافة طرق الاثبات تطبيقـــا لقواعد القانون المدني (المادة 333م ،ج) .

---

(152) ـــ د . مصطفى كمال طه ،الوجيز في القانون التجارى ، منشأة المعارف بالاسكندرية ص 367 .

ومن الواضح أن امكانية اثبات العقد بكافة طرق الاثبات في مواجهة الناقل هي الا نتيجة طبيعية لكون عقد النقل يعد عملا تجاريا بحسب طبيعته أو موضوعه ، وفي أغلب الأحوال يحرر الناقل ما يعرف بتذكرة الشحن "connaissement" في حالة نقل البضائع وما يعرف بتذكرة السفر في حالة نقل الأشخاص ولكن كلا من تذكرة الشحن وتذكرة السفر ليست الا نوعا من كتابة العقد ،فيمكن للمسافر أو لمرسل البضاعة اثبات عقد النقل في مواجهة الناقل بدونهما .

ووثيقة الشحن : هي ورقة من صورتين يحررها الناقل ويوقع عليها كل من الناقل والمرسل ، وهي تحتوي على البيانات الاساسية المتعلقة بالبضاعة المرسلة، وجهة الارسال واسم المستلم ، وتسلم نسخة من هذه الورقة الى المرسل الذى يستطيع أن يحتفظ بها اذا شاء في حين استلام البضاعة أو يمكن ارسالها الى مستلمي البضاعة تيسيرا عليه في عملية الاستلام ، ووجود البوليصة في يد المرسل أفضل عند نشوب منازعة أو حادث للبضاعة اذ تصبح عملية الاثبات ميسرة له ،ومع ذلك فان عدم وجود تذكرة الشحن ليس معناه عدم امكان اثبات النقل بل يثبت الاخير بكافة طرق الاثبات .

أما تذكرة السفر فهي لنقل الاشخاص وتتضمن البيانات الاساسية كمحطة القيام ومحطة الوصول وأجرة السفر ... الخ .

وتذكرة السفر لا تعني أكثر من كونها دليلاً كتابياً على نشأة أو قيام عقد النقل،أما تنفيذ عقد النقل فغالبا ما يكون لاحقا لتذكرة السفر (153) ، وأهمية ذلك هي أن التزام الناقل بسلامة المسافر لا تبدأ الا منذ بدء تنفيذ العقد ،وليس منذ نشأته ،ولكن الحصول على تذكرة السفر ليس هو الدليل الوحيد على قيام عقد

(153) — يقول الدكتور مصطفى كمال طه (المرجع السابق ص367)
" فاذا كان الدخول في عربات الناقل محظورا الا لمن يحمل تذكرة كما هو الحال في السكك الحديدية ،فان العقد لا ينعقد الا بتسليم التذكرة أما اذا كان الدخول في عربات الناقل حرا غير مشروط كما هو الحال في النقل بطريق الترام أو الاوتوبيس ،فان العقد ينعقد بمجرد دخول الراكب الى العربة دون أن يتوقف ذلك على دفع ثمن التذكرة " .

النقل ففي حالة الاستعجال أو الضرورة يمكن للمسافر أن يركب القطار مثلا بدون قطع تذكرة ، ولكن عدم وجود تذكرة في يده يجعل من العسير عليه اثبات عقد النقل . وبالتالي ففي حالة حدوث ضرر له نتيجة النقل فإن فشله في اثبات عقد النقل ينقل عبء اثبات المسؤولية عن التعويض من الناقل الى المسافر ، وبتعبير أوضح تصبح مسؤولية الناقل تقصيرية و ليست تعاقدية بما يؤدى اليه هذا الوضع من تحميل المسافر الذى لا يحمل تذكرة السفر عبء اثبات أركان هذه المسؤولية وهي الخطأ والضرر و علاقة السببية، و هكذا فان عقد الاذعان الذى مصدره العقود النموذجية مثلا يمكن اثباته بالرجوع الى النموذج و الى تفحص الشروط الواردة فيه ثم ان كل شرط من الشروط يمكن اثباته وفقا للاحكام العامة المقررة في القوانين الخاصة بها .

ذلك أنه لا يمكن اعطاء صيغة موحدة في طريق اثباته ، وأن ما يمكن قوله هو أن أغلب عقود الاذعان بالرجوع الى مصادرها نجدها مكتوبة ثم أنها مركبة وفي كل وثيقة يحتويها العقد قوة خاصة في مجال الاثبات . وعلى سبيل المثال نتعرض الى قوة وثيقة الشحن في الاثبات .

تنص المادة 748 من القانون البحرى الجزائرى (154) على أنه " بعد استلام البضائع يلتزم الناقل أو من يمثله بناء على طلب الشاحن بتزويده بوثيقة شحن تتضمن قيودا بهوية الاطراف والبضائع الواجب نقلها و عناصر الرحلة الواجب اتمامها و أجرة الحمولة الواجب دفعها ".

و يفرض القانون البحرى أن تتضمن هذه الوثيقة عدة بيانات .

فتنص المادة 752 من القانون البحرى الجزائرى " يجب أن تتضمن وثيقة الشحن من جملة ما يجب أن تشتمل عليه :

---

(154) — الامر رقم 76 — 80 المؤرخ في 29 شوال عام 1396 الموافق 23 أكتوبر 1976 المتضمن القانون البحرى ، والمنشور في الجريدة الرسمية العدد 29 بتاريخ 10 أفريل 1977 .

أ — العلامات الرئيسية والضرورية للتعريف بالبضائع على الحالة المقدمة فيها كتابة من قبل الشاحن قبل البدء بتحميل هذه البضائع، واذا كان طبع وختم هذه العلامات وضحا بأي شكل كان وعلى كل قطعة من البضاعة أوتغزيمها.

ب — عدد الطرود والاشياء وكميتها ووزنها كما قدمت كتابة من قبل الشاحن وذلك حسب كل حالة.

ج — الحالة والتكييف الظاهران للبضاعة".

ويقول الدكتور القريشي " أنه يمكن استخدام وثيقة النقل في مهام اثبات تختلف باختلاف الطرف أو الاطراف الذين تستخدم ضدهم. فيمكن أن يثبت التزامات الناقل، أو تلك التي تعهد بها المرسل أو التزامات المرسل اليه.

ويمكن أن تستخدم لاثبات حالة ومحتوى البضاعة المنقولة أو المستلمة من طرف الناقل أو المسلمة اليه.

وتتغير شروط تحريرها، ويختلف الشخص أو الاشخاص الذين ينظمونها تبعا لما تنشئ اثباته.

تقضي القاعدة العامة أن لا يسمح لأي مدعي أن ينشيء سند اثباته بمفرده فاذا أريد اثبات التزامات الناقل، ينبغي أن تكون الوثيقة منشأة من قبله أو أن يكون قد وقعها أو قبلها في ظروف لا تدع مجالا للشك في صحتها، وفي الحالة الاخيرة ينبغي أيضا دعم الوثيقة بعناصر الاثبات الاساسية، انما لا تكفي وحدها، فاذا أريد اثبات الالتزام الاخير للناقل (وهو تسليم البضاعة في حالة استلامها) فلا يمكن أن تكون الوثيقة منشأة أو على الاقل متممة الا بعد التسليم، واذا أراد الناقل اثبات التسليم، فعليه أن يقدم سند مخالصة، موقعا من قبل المستلم.

والواقع أنه اذا كانت الوثيقة محررة على استمارة مطبوعة للنقل، وتحتوى بظهرها على "الشروط العامة للنقل"، كما هو جار في النقل البحرى، فانها تصلح على العموم أن تكون دليلا لاثبات جميع شروط العقد. (155).

155) — د. جلال مصطفى القريشي. مطبوعة النقل السداسي الثامن ص 56، 57، وقد القيت على طلبة كلية الحقوق — الجزائر، 1979 — 1980.

وتدرج بيانات البضائع ضمن وثيقة الشحن على أساس التصريح الكتابي للشاحن (م 753 من القانون البحرى الجزائـــــرى).

وطبقا للمادة 754 ق .ب.ج فانه اذا لم يذكر اسم الناقل في وثيقة الشحن عد مجهز السفينة التي تحمل البضاعة على متنها هو الناقل ، وكذلك الحال عندمـــا يذكر اسم الناقل في وثيقة الشحن بشكل غير دقيق أو غير صحيح ".

وتنص المادة 761 ق.ب.ج على أنه " تعد وثيقة الشحن الموضوعـــة طبقا لاحكام هذا الفصل ثابتة بالقرينة بالنسبة لاستلام البضاعة من قبل الناقل في الحالة والكميــة المبينة في الوثيقة الا اذا أثبت ما يخالف ذلك .

ولا يقبل ما يخالفها اذا نقلت الوثيقة لحامل من الغير بحسن نية".

وفي مجال قوة اثبات وثيقة الشحن عند اختلاف نسخها تنص المادة 762ق .ب.ج على أنــه " اذا اختلفت نسخ وثيقة الشحن ، لا يمكن لكل طرف أن يتمسك بالبيانات المدرجة في النسخة التي يحملها الا اذا كانت هذه البيانات واردة أيضـــا في النسخة الموجودة بين يدي الطرف الآخـــر".

ويتمتع الناقل الذى يكون قد دفع تعويضا لصاحب البضاعة ،نظرا لمسؤوليته التضامنية الناتجة عن وثيقة شحن مباشرة بحق الرجوع على الناقلين الآخرين والمسؤولين بموجب وثيقة الشحن .

بيد أنــه لا يمكن ممارسة هذا الرجوع ضد ناقل يثبت بأن الضرر لم يحصـــل على مسافتـــه . طبقا للمادة 766 ق.ب.ج .

واذا لم يمكنه أن يثبت في أى جزء من النقل التابع لوثيقة الشحن المباشـرة وحصلت الخسائر والاضرار للبضائع ،عد كل من الناقلين مسؤولا بنسبة أجرة الحمولـــة التي قبضهـــا ، وفقا للمادة 767 ق.ب.ج .

وتلعب وثيقة الشحن دورا أسياسيا في مجال اثبات تقادم الدعـوى الموجهـة ضد الناقل فتنص المادة 743 ق.ب.ج على أنـه " تتقادم كل دعوى ضد الناقـــل

.../...

بسبب الفقدان أو الاضرار الحاصلة للبضائع المنقولة بموجب وثيقة الشحن بمرور عام واحد .

بيد أنه يمكن تمديد هذه المدة الى عامين باتفاق مبرم بين الاطراف بعد وقوع الحادث الذي ترتب عليه رفع الدعوى ".

وفي سوريا مثلا فرق المشرع فيما يتعلق بحجية وثيقة الشحن في الاثبات ما بين الوثيقة التي استوفت البيانات القانونية المطلوبة ، والوثيقة الناقصة ، كما أنه جعل هذه الحجية تختلف بالنسبة لاطراف الوثيقة عما هي عليه تجاه الغير (156).

أ ـ الوثيقة الكاملة : ـ نصت الفقرة الاخيرة من المادة 199 قانوني بحري سوري على أن " وثيقة الشحن التي استجمعت البيانات السالفة الذكر تثبت استلام الناقل البضائع كما هي مبينة في الوثيقة ما لم يقم دليل معاكس".

كما نصت المادة 200 ق.ب.سوري بأن " ليس للناقل أن يتذرع بمغايرة المعلومات الواردة في الوثيقة للحقيقة تجاه أي شخص كان غير الشاحن".

ويتضح من هذين النصين أن وثيقة الشحن تعتبر حجة كاملة بالنسبة لطرفيها لاثبات عقد النقل الذي هو من عقود الاذعان وما ورد فيه من شروط وبنود ، لكن هذه الحجية ليست مطلقة بل يجوز لاحد الطرفين أن ينفيها بدليل كتابي معاكس أو ما يقوم مقامه كالاقرار واليمين ، كأن يثبت الشاحن مثلا أنه سلم الناقل مائة طرد بدلا من ثمانين طردا كما هو مدون في وثيقة الشحن .

أما بالنسبة للغير ومنهم المرسل اليه فتعتبر وثيقة الشحن بما تضمنته من بيانات حجة مطلقة في مواجهة كل من الناقل والشاحن دون أن يكون للاخير أبدا أن يثبت في مواجهة الغير عكس ما ورد في الوثيقة ، ذلك أن الغير يتحدد مركزهم

---

(156) ـ د . هشام فرعون ، المرجع السابق ص 180 ، 181 ، 182 .

من وثيقة الشحن باعتمادهم على البيانات الواردة فيها ولا يعرفون حقيقة ما كان قد دار بين طرفيهـــا .

ب — الوثيقة غير الكاملـة : — نصت المادة 198 من القانون البحرى السورى على أن كل وثيقة شحن خلت من ذكر البيانات القانونية المطلوبة لا تصلح الا كمبدأ ثبوت بالكتابة وعلى ذلك فانه يجوز اثبات عكس ما ورد فيها من بيانات أو شروط بكافـــة طرق الاثبات سواء بين طرفيها أو بينهما وبين الغيـر .

سردنا هذا على سبيل المثال لأن عقـود الاذعان واسعة جدا وتحتـوى على شروط عديدة كالشروط المتعلقة بنية لطرفين التي يمكن أن تفرض الالتزام بنتيجـة أو الالتزام بوسيلـة .

— والشروط ذات لطابع التقني (الضمانات التقنية أو مكان الاستغلال).
— الشروط المتعلقة بالتسليم المحدد للزمـان والمكـان .
— الشروط المتعلقة بالضمانـات والتأمينـــات.
— الشروط الواردة على تحديد الثمن واجراءات الدفـع .
— الشروط الجزائيـة وشروط الاصـــلاح .
— الشروط الموصوفة بأنها قانونية (تحديد نوعية الاختصاص القضائي).
— التحكيـــم .
— الشروط المسقطـة للدعـوى ، تعديل قواعد الاخطار — العجـــوز، التنفيـذ ... الخ .

ثانيـا : عقد العمـــل :

نصت المادة الثانية من قانون العمل الجزائرى الصادر بالامر رقم 75 — 31 لسنـة 1975 على أنـه " تنشأ علاقة العمـل بموجب عقد مكتوب أوغير مكتـــوب،

.../...

و تتكون العلاقة على أية حال بمجرد القيام بعمل لحساب صاحب عمل "(157).

و ما يستفاد من هذا النص أنه ليس لابرام عقد العمل **شكل معين** فهو عقد رضائي حتى اذا تم بطريقة مكتوبة فلا يشترط القانون فيه الا توافر أركان العقد المعروفة.

و لذا تنص المادة الثالثة من قانون العمل الجزائرى " يثبت عقد العمل ضمن الاشكال التي يتعين على الاطراف المتعاقدين الاتفاق عليها " .

و عندما يكون عقد العمل مكتوبا فانه يجب أن تدرج فيه البيانات التالية على وجه الخصوص :

- المنصب أو المهام التي يتعهد بها العامل .
- الاجر الاساسي و ملحقاته .
- مكان الاستخدام .
- المدة و فترة التجربة .
- المدة اذا كان العقد محدود المدة .

و حفاظا من المشرع الجزائرى على الطرف الضعيف في العقد فانه قد نص في المادة "8" من قانون العمل على عدم الاعتداد بأى شرط يدرج في عقد العمل و يكون مضرا بالعامل أو يكون مخالفا للاحكام التشريعية و التنظيمية و اتفاقيات العمل الجماعية الجارى العمل بها .

و فيما يخص اثبات هذا العقد فما دام المشرع الجزائرى يسمح بأن يكون العقد شفويا فان اثباته يكون بكافة الوسائل و الطرق .

و لكن اذا كان مكتوبا فانه أوجب أن يتضمن البيانات الجوهرية و مع ذلك فان الكتابة ليست ركنا من أركان عقد العمل و انما هي مجرد وسيلة لاثباته .

---

(157) — و يقول الدكتور على عوض حسن في مؤلفه «الوجيز في شرح قانون العمل الجزائرى الجديد ، الصادر بالامر 75 — 31 بتاريخ 29 أفريل 1975 ط 1975 ص 64 ." المستفاد من هذا النص أن علاقة العمل أوسع مدى من عقد العمل contrat de travail ، لان لفظ " عقد " غالبا ما يطلق على الاتفاقات المكتوبة أما علاقة العمل فقد تكون مكتوبة بمقتضى عقد و قد تكون

الباب الثالث : أحكام عقد الاذعان وانقضاؤه .

أحكام عقد الاذعان وانقضاؤه .

نقسم هذا الباب الى فصلين نتعرض في الفصل الاول منه الى أحكام وآثار عقد الاذعان ، وفي الفصل الثاني الى الطرق التي ينقضي بها عقد الاذعان .

الفصل الاول : أحكام وآثار عقد الاذعان .

ان أحكام العقد هي آثاره أو الالتزامات والحقوق الناشئة عنه بالنسبة لكل من طرفيه ، ولذلك سنتعرض في مبحث أول الى أنواع عقود الاذعان المشهورة والتزامات وحقوق الطرفين فيها ، ثم ننتقل في مبحث ثان الى تفسير العقد أو قوة عقد الاذعان من حيث موضوعه .

المبحث الاول : أنواع عقد الاذعان .

أنواع عقد الاذعان .

تمهيد : كل العقود سواء كانت مسماة أو غير مسماة يمكن أن تندرج ضمن عقد الاذعان ، كما يبين ذلك من القائمة التالية ، التي ليست على سبيل الحصر :

1 — كل أشكال التأمين بصفة عامة هي عقد اذعان لأن المؤمن يكتتب في بوليصة تأمين محررة مسبقا من طرف الهيئة المختصة دون أن يناقش الشروط التي تتضمنها . فالمؤمن له لا يتسلم بوليصة التأمين المتضمنة للشروط الا بعد التوقيع على الالتزام وفي معظم الاحيان فانه لا يكلف نفسه عناء بقراءة الشروط الا بعد وقوع الكارثة المؤمن ضدها .

وفي أحوال أخرى يمكن أن يكون للمتعاقد الخيار بين بوالص متعددة ومختلفة في المفاهيم ولكنها كلها متماثلة بالنسبة للاعداد المسبق.

.../...

2 — كل عقود النقل سواء البرية أو البحرية أو الجوية لا يتاح فيها للمتعاقد مناقشة تذاكرها المطبوعة في بوالص النقل .

3 — كل العقود المعدة لايجارة الخدمات الى المستهلكين كسائقي سيارات الاجرة فانهم يبرمون عقد الاذعان .

4 — معظم الايصالات المطبوعة يمكن اعتبارها عقود اذعان ، والعقد يمكن أن يكون في شكل نموذجي يعد مسبقا من طرف الترست (TRUST) أو من طرف كتلة المؤجرين وما على من يرغب في الايجار الا أن يخضع لتلك الشروط المطبوعة .

5 — العقود المصرفية (البنكية) وهي تعد فيها البنوك محتوى العقد مسبقا وبشروط تضعها وحدها ولا تقبل المناقشة الا في حالات خاصة جدا كأن تكون العملية المصرفية هامة للغاية (كعقد القرض الكبير وفتح الحساب التجارية [illegible] [illegible] ... الخ .).

6 — ونذكر أيضا التوريد والاشتراك " Abonnement ".

7 — عقود النشر أو الانتاج الفني التي تسير بواسطة عقود نموذجية ، والعقود التي تجرى مع دور التربية والفنادق ووكالات السفر ، وعقود الجمهور مع المطاعم ودور السينما والمسارح .

وهكذا فان القائمة تكاد تغطي معظم عقود الحياة الجارية (158) ونتيجة لاستعصاء بحث آثار كل عقد من العقود المذكورة بشكل واف لانها من الممكن أن تكون موضوع لبحوث متعددة فاننا سنقتصر على دراسة أشهرها وهي :

— الاذعان في عقد التأمين .
— الاذعان في عقود النقل .
— الاذعان في عقد العمل الفردي
— الاذعان في العقد الدولي .

---

(1) — برليوز المرجع السابق ص 39 بند 60 .

.../...

- الاذعان في العقود التي تجريها البنوك .
- الاذعان في عقد النشر .

المطلب الاول : الاذعان في عقد التأمين .

عرفت المادة 619م.ج عقد التأمين بأنه " عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدى الى المؤمن له أو الى المستفيد الذى اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو ايرادا أو أى عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقيق الخطر المبين بالعقد وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن" وقد أخذ القانون المدني المصرى بهذا التعريف عن الفقهاء المعاصرين وأورده في المادة 747 مدني مصرى .

ويستخلص من هذا التعريف أن شخصا يسمى المؤمن له ، يتعرض لخطر في شخصه كما في التأمين على الحياة ،أو في ماله كما في التأمين ضد الحريق، أو التأمين عن المسؤولية ، فيعمد الى تأمين نفسه من هذا الخطر بأن يتعاقد مع شركة تأمين – تسمى المؤمن – يؤدى لها أقساطا دورية أو أية دفعة مالية أخرى في نظير أن يتقاضى منها مبلغا من المال عند تحقق الخطر.

ويجوز أن يشترط المؤمن له دفع مبلغ التأمين لزوجته أو لاولاده أو لأى شخص آخر يسمى " المستفيد ".

ومن خلال التعريف السابق يتبين أن للتأمين عناصر ثلاثة هي :

أ – الخطر المؤمن منه :

الغرض من عقد التأمين هو دائما تأمين شخص من خطر يتهدده ،أى من حادث محتمل وقوعه فاذا ما تحقق الخطر و وقع الحادث سمي كارثة ، ومع ذلك فقد يكون الحادث المؤمن منه له طبيعة أخرى أقرب للادخار كتأمين الاولاد عندما

.../...

يتقاضى المؤمن له مبلغ التأمين كلما رزق بولد ، وهناك تأمين الزواج يتقاضى المؤمن له فيه مبلغ التأمين اذا ما تزوج قبل بلوغه سنا معينة ، وهناك التأمين لحالة البقاء يتقاضى فيه المؤمن مبلغ التأمين اذا ما عاش الى تاريخ معين فهذه كلها حوادث سعيدة ومع ذلك يجوز التأمين منها (159) .

ويشترط في الخطر أن يكون متفرقا فلا يجتمع وقوعه في وقت واحد ، بل يتفرق على أوقات متباعدة ، وأن يكون متماثلا فيتجانس في طبيعته ، وأن يكون منتظم الوقوع الى درجة مألوفة لكي يمكن تقدير الاحتمالات بدرجة أقرب ما تكون الى الدقة .

كما يعتبر الخطر هو المحل الرئيسي في عقد التأمين ، فاذا كان القسط محل التزام المؤمن له ومبلغ التأمين هو محل التزام المؤمن فان الخطر هو محل التزام كل من المؤمن له والمؤمن ، ويشترط في الخطر ثلاثة شروط .

1 ـ أن يكون غير محقق الوقوع .

2 ـ الا يكون متعلقا بمحض ارادة أحد طرفي العقد .

3 ـ أن يكون مشروعا ، أي غير مخالف للنظام العام .

ب ـ قسط التأمين :

وهو المقابل المالي الذي يدفعه المؤمن لتغطية الخطر المؤمن منه ، ويحسب قسط التأمين على أساس الخطر واذا تغير الخطر تغير معه قسط التأمين وهو مبدأ نسبة القسط الى الخطر .

ولكي تتوافر الدقة في حساب الاقساط يجب أن يتم وفقا لقاعدتي الكثرة والارتكاز على الاحصاءات الدقيقة .

---

(159) ـ د . غريب الجمال ، التأمين في الشريعة الاسلامية والقانون ط 1975 ص12 . دار الفكر العربي .

ج — مبلغ التأمين :

وهو المبلغ الذى يتعهد المؤمن له ،أو المستفيد ،عند تحقق الخطر المؤمن منه ،أى عند وقوع الكارثة التي هي محل التأمين . و مبلغ التأمين هو دين في ذمة المؤمن ،يكون تارة دينا مضافا الى أجل غير معين ، وتارة يكون دينا احتماليا ، ،حسب ما اذا كان الخطر المؤمن منه محقق الوقوع و لكن لا يعرف ميعاد وقوعه أو كان غير محقق الوقوع .

<u>أنواع التأمين :</u>

يقسم الفقهاء المعاصرون التأمين الى قسمين رئيسين تأمين اجبارى أو اجتماعي ، وتأمين اختيارى أو خاص ، وكلاهما يقوم على أسس فنية واحدة، وان اختلفا من حيث الفلسفة و التنظيم ، و يتفرع عن هذا التقسيم تقسيم آخر فالتأمين اما أن يكون عاما تباشره منشآت تقيمها الدولة و الهيئات العامة الاخرى ،وفي ظل أحكام القانون العام ، واما أن يكون التأمين خاصا تباشره منشآت و هيئات تتخذ أشكالا قانونية متنوعة مملوكة للافراد أو المجموعة منهم (شركات أو جمعيات) و تعمل في ظل القانون الخاص .(160) .

أما في الجزائر فان التأمين تمارسه شركات تأمين تابعة للدولة التي تحتكر عمليات التأمين اذ، تنص المادة الاولى من القانون المتعلق بالتأمينات " تمارس شركات تأمين الدولة احتكار الدولة لعمليات التأمين .

و تكلف شركات الدولة مباشرة بتطبيق عمليات التأمينات ،غير أنه يجوز بموجب مرسوم يصدر بناء على تقرير من وزير المالية تأهيل الهيئات ،التي سبق لها أن مارست نشاط التأمين و التي لا تسعى الى هدف مربح بممارسة عمليات التأمين

1) — د . غريب الجمال ،المرجع السابق ،ص 40

ودون سواها من الحيقات المشار اليها أعلاه " (161).

وقد أورد المشرع الجزائري في الفصل الثالث القسم الثاني من القانون المدني ،تحت عنوان أنواع التأمين ،أحكاما تخص التأمين على الحياة وعلى حياة الغير، والمسؤولية عن الغير ،والتأمين على الحريق .

وعقد التأمين يضرب عادة كأبرز مثال لعقد الاذعان ،والامر المهم الذي يؤدي بادراج عقد التأمين ضمن فئة عقد الاذعان لا يرجع الى دور المبادرة كما ذهب الى ذلك بعض الفقهاء ، وانما لان الموجب يحدد بصورة عامة شروط العقد بارادة منفردة يذعن لها من يرغب في التأمين ،وغالبا ما يلجأ في تحديد تلك الشروط الى استعمال أشخاص متخصصين .

لذا يقول عبد المنعم فرج الصدة " والموجب يتوفر له من الامكانيات ما يجعله يستخدم متخصصين يتوفرون على تحرير العقود بالوضوح ،الكافي وهذا ما لجأت اليه فعلا شركات التأمين "(162).

ومع ذلك فلابأس من أن نتعرض الى دور المبادرة في عقد التأمين التي يرى البعض أنها سبب الاذعان (163).

ان هذه المسألة من التعقيد بمكان ، فشركة التأمين قد يتقدم لها المؤمن له ،وقد تسعى هي بواسطة أعوانها الى المؤمن له وهو في عقر داره .

وعلى فرض أن هذه الأخيرة هي التي تسعى دائما اليه فان نوع بوليصة التأمين التي يرغب فيها المتعاقد يحددها هذا الأخير (164)ثم ترسل الى المقر الرئيسي نسخا وفقا للخطر المحتمل ثم يحتفظ المركز الرئيسي بنسخة من تلك النسخ وارسال احداها الى المؤمن . وهكذا . . فمن خلال تلك العمليات الاجرائية المتتالية من الصعب

---

(161) — انظر القانون رقم 30 —07 المؤرخ في 23 رمضان عام 1400 الموافق 9 غشت 1980 المتعلق بالتأمينات ،والمنشور بالجريدة الرسمية العدد 1980/33 .

(162) — د . عبد المنعم فرج الصدة ،المرجع السابق (نظرية العقد بند 86).

(163) — برليرز ، المرجع السابق ص 43 تحت عنوان (دور المبادرة).

(164) —بيكار وبيسون ،الوجيز في التأمين . الجزء الاول (عقد التأمين 1964 ص712).

- Picard et Besson, traité des assurances. T.1. (contrat d'assurance) 1964. P.712.

أن تحدد أو تفرق بين من يقوم بالمبادرة ، ونقول بأنه هو الموجب وفي الامكان وسط هذا الاخذ والرد ، وهذا التعقيد أن تحدد ذلك اعتبارا للطرف الذى بارادته المنفردة قد خطا الخطوة الاولى ، غير أن ذلك لا يغير من العقد في شيء اذ أن المعيار أن الموجب هو الذى يعد شروط العقد مسبقا ، وهي شركة التأمين .

اذعان المؤمن له :

ان المؤمن له هو الطرف المذعن في عقد التأمين ، اذ لا يناقش شروط العقد ، وقد شبهه أمبرجون المؤمن له باليتيم الذى هو بحاجة الى حماية (165) اذ يكفي ما تم التصريح به من طرف المؤمن ويقبل بالشروط المقترحة التي يمليها أو هي بالاصح من نشاط طائفة المؤمنين .

فالمؤمنون يعدون وثائق تأمين نموذجية ويلتزمون بمراعاتها أما المؤمن لهم فانهم يلتزمون بقبول شروط الوثيقة وهذا لكونهم لا يجدون لدى غيرهم من يقدم اليهم غير ذلك حيث يوجد احتكار للتأمين ، وهكذا في البلدان التي تأخذ بنظام المنافسة الحرة حيث أن كتلة المؤمنين غالبا ما تتفق على نماذج معينة وتقدمها للجمهور .

ومثل هذا المفهوم أدى بالمشرع الى أن يتدخل في صالح المؤمن لهم وهذه هي الفكرة العامة التي تتجلى في قانون 13 جويلية 1930 ، المتعلق بالتأمين البرى في فرنسا ، أما بخصوص التأمين البحرى فان الحاجة الى مثل هذه الحماية كانت أقل الحاحا لأن النقل البحرى أقل حاجة الى التنظيم من النقل البرى وهذا يرجع الى سببين :

---

(165) — ريبير ، القانون البحرى ط 1953 ، الجزء الثالث ص 401 .

- G. Pipert : Droit Maritime. Edition 1953. T.3.P.401.

1 — أن المؤمن لهم يبرمون عقود التأمين و هم على بينة من الأمر بالنسبة للعقود البحرية ، فهذا التأمين يخص المجهزين و المتعاقدين الذين يكونون على بينة و دراية بالامر اذ يعرفون جميع بنود العقد و يمكن أن يقدموا على حتمية تحملها لكن يتحملونها و هم قد قبلوا بها .

2 — ان للتأمين البحري طابع دولي أكثر مرونة من غيره من التأمينات أخرى بحيث أن المؤمنين لا يستطيعون فرض بعض الشروط لعملائهم خوفا من منافستهم من طرف المؤمنين الأجانب .

و قد انتقد هذا التكوين في القانون التعاقدي من طرف طائفة الحرفيين بحجة أن المؤمنين البحريين هم وحدهم صانعو قانونهم .

و يرى ريبير بأن هناك تنظيما عرفيا للعقد ، بحيث أن المؤمن له لا يخضع لارادة المؤمن و لكن يخضع للعرف المعمول به ، وهذا العرف الذى ساهم كل من المؤمنين و المؤمن لهم في تكوينه ، بحيث أن الطرف الاخير في درجة من القوة الاقتصادية التي مكنته من المساهمة في وجود هذا العرف الذى يرعى مصالحه (166) .

وما يمكن قوله ، أن عقد التأمين البحرى عقد اذعان بناء على الاقل على ما يستعمله من وثائق نموذجية .

و هذا الوصف ينطبق بالخصوص على التأمين على البضائع أكثر منه على التأمين على السفن ، حيث يكون المؤمن له في التأمين على البضائع في مستوى ضعيف بموازنته مع شركات التأمين .

بخلاف الامر بالنسبة الى مجهز السفينة الذى يتمتع بقوى اقتصادية و دراية فنية قد تفوق قوة ودراية شركات التأمين .

---

166) — ريبير ، المرجع السابق ص 402 .

ومع ذلك فان تفسير عقد التأمين كغيره من عقود الاذعان يجب أن يكون متفقا مع مبدأ حسن النية فقد قررت المادة 17 من قانون التأمين البحري الانجليزي 1906 هذا المبدأ عندما نصت على أن " عقد التأمين يبنى على منتهى حسن النية واذا لم يراع أحد الطرفين هذا المبدأ فانه يحق للطرف الآخر ابطال العقد " .

على أن ذلك لايعني أن العقد يجب تفسيره تفسيرا ضيقا اذ أن عقد التأمين كغيره من العقود يجب تفسيره وفقا للنية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين طبقا للعرف الجاري في المعاملات (المادة 105 مدني جزائري) .

ويقول برليوز " أن عقود التأمين هي الأولى التي تصيبها المخاطر وتحددها فالعقد يخضع للاذعان ، أي اذعان المتعاقد الذى لا يستطيع أن يناقش المصطلحات التي يتضمنها العقد "(167) .

وقد كان عقد التأمين ، من بين المسائل التي لفتت انتباه المشرع الفرنسي في قانون 13 جويلية 1930 وهو يمثل أول تدخل تشريعي يوجب فيه المشرع الالتزام ببعض الاجراءات ، فالمشرع قد اتخذ احتياطاته كي يتساوى كل المؤمنين ويفهمون بوليصة التأمين وذلك باثارة الانتباه الى نقاط هامة ، فالبوليصة وكل الوثائق المستعملة من طرف المؤمن يجب أن تكون محررة بالفرنسية بالنسبة لكل العقود التي يتم اكتتابها وتنفيذها في فرنسا ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى يجب أن تكون محررة بصورة ظاهرة ، وذلك تفاديا لما كان مطبقا سابقا من محررات لا تقرأ الا بعدسة مكبرة .

---

(167) ـ برليوز المرجع السابق ، ص 21 .

- Berliez. le contrat d'adhesion . P.21. (les assurances sont les premiers a av... dans leurs contrats ch isi et limite les risques qu'elles prenaient l'exemple fut rapidement suivi. le contrat soumis à l'adhesion d'un contractant qui ne peut négocier les termes et qui souvant ne ... peut se passer de bien ou de serviceoffert ou qui depent de la partie forte, devient instrument de calcul et de limitation des risques.

كما يجب أن تحرر بعض الشروط بصفة أكثر وضوحا من غيرها خاصة شروط بطلان العقد ، و شروط السقوط و مدة العقد و هو في هذا يهدف الى تنبيه المتعاقد الى اجراءات مختلفة .

و قد جاء على لسان القاضي الانجليزي دينلج "DENING" أنني موافق على أن الشرط المعقول ، يجب أن تحليه نوعا من الاشهار فبعض الشروط التي رأيتها يجب أن تكون مكتوبة بحبر أحمر و بيد حمراء فتميدها حتى يعتبر الاشهار بها كافيا (168).

" Je suis d'accord que moins une clause **·**raisonnable, plus on doit lui donner la publicité certaines clauses que j'ai vue devraient être indiquées à l'en**re** rouge avec une main rouge les désignant avant que l'on puisse considérer que la publicité est suffisante.

وقد أدخلت بعض التشريعات هذا الشرط منها قانون التأمين بكاليفورنيا الذى يقضي بأن بعض الشروط يجب أن تكون مطبوعة بالاحمر" .

كما يقضي قانون التأمين بمقاطعة كبيك (كندا) بأنه في حالة تغيير بعض شروط العقد لابد أن تكتب بلون مخالف للنصوص القديمة (169).

و عقد التأمين من عقود الاذعان ، والمؤمن هو الجانب القوى و لا يملك المؤمن له الا أن ينزل عند شروط المؤمن وهي شروط أكثرها مطبوعة و معروضة على الناس كافة وهذه هي أهم خصائص عقد الاذعان . على أن تدخل المشرع في أغلب الدول في تنظيم عقد التأمين لحماية المؤمن لهم خفف كثيرا من تعسف المؤمن بالمؤمن له ، وهذا لأن بعض الفقهاء (170) يرون أن قيام التأمين على الاسس الفنية الصحيحة يمنع أحد الطرفين من أن يجور على الآخر ويجعل

---

(168) — انظر برليوز . المرجع السابق ص 35 .
(169) — برليوز المرجع السابق ص 35 .
(170) — د . غريب الجمال . المرجع السابق ص 26 .

التأمين يؤدى مهمته الحقيقية و هي تنظيم التعاون بين المؤمن لهم المعرضين لخطر مشترك ، ومساهمة كل منهم بنصيبه اذ انزل بأحد منهم خطر ويجعل الهيئة القائمة بالتأمين تقوم بدورها الصحيح وهو دور الوسيط بين المؤمن لهم لتنظيم التعاون فيما بينهم لا دور المتعاقد القوى الذى يستغل ضعف المتعاقد الآخر.

و لكل ذلك تعنى التشريعات بحماية المؤمن لهم ، وتجعل الكفة متوازنة بينهم و بين المؤمن .

فالنصوص التي تنظم عقد التأمين و التي تهدف في مجموعها الى حماية المؤمن له ، تعتبر نصوصا لا تجوز مخالفتها الا أن تكون ذلك لمصلحة المؤمن له ، أما اذا اتفق على مخالفتها لمصلحة المؤمن فان الاتفاق يكون باطلا .

كما تعتبر باطلة الشروط الجائرة التي قد تتضمنها بعض وثائق التأمين مثل :

1) ـ الشرط الذى يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين واللوائح الا اذا أنطوت المخالفة على جناية أو جنحة عمدية .

2) ـ الشرط الذى يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في اعلان الحادث المؤمن لدى السلطات ، أو في تقديم المستندات اذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول .

3) ـ شرط التحكيم اذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة .

4) ـ كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه .

.../...

يضاف الى ما تقدم أن الهيئات القائمة بعمليات التأمين تعمل تحت رقابة دقيقة من قبل الدولة وعلى ذلك يراعى في شروط وثائقها الا تجحف في حق المؤمن لهم مما يخفف من آثارها عليهم بوصفها عقود اذعان.

فتنص المادة 182 من قانون التأمين الجزائرى على أنه " تهدف رقابة الدولة الى ضمان شرعية عملية التأمين وحماية حقوق المؤمن لهم والمستفيدين الآخرين ، والمساهمة في نمو نشاط القطاع الحالي للتأمينات نموا منسجما ".

وتنص المادة 187 من قانون التأمين الجزائرى على أنه " تخضع لمراقبة الدولة جميع شركات التأمين الاجنبية التي هي في طريق التصفية ".

المطلب الثاني :الاذعان في عقد النقل .

الاذعان في عقد النقل .

عرفت المادة 36 من القانون التجارى الجزائرى عقد النقل بأنه " اتفاق يلتزم بمقتضاه متعهد النقل مقابل ثمن بأن يتولى بنفسه نقل شخص أوشي، الى مكان معين . ".

و هذا التعريف يتعرض الى نقل الاشخاص و نقل الاشياء .

و نتناول في هذا المطلب كلامن النقل البرى و النقل البحرى.

أولا : النقل البرى :

سبق أن أشرنا الى أن عقد النقل بالسكك الحديدية أو عن طريق الحافلات يعتبر شكلا من أشكال عقد الاذعان ، وذلك لتحديد سعر التذاكر من طرف واحد هو الجهة الناقلة .

اذن فالايجاب الذى يتم في عقود النقل هو ايجاب دائم يصدر على نحو مستمر و يكون ملزما لمدة أطول من العقود العادية ، وهو ايجاب يجب أن ينشر بحيث يكون في وسع الجمهور أن يطلع عليه .

لذلك يقول الدكتور القريشي (.... ان هذه القواعد تطبق على عقد النقل ، ولكنها كثيرا ما تعدلت بسبب صفة ايجاب الناقلين العامة و الدائمة، ان طبيعة الايجاب هذه ، أدت ببعض الكتاب الى انكار القول بتمثل الحرية القانونية في قبول هذه العقود .

يقولون أن هناك بالاحرى اذعان ،لاقبول وقد ساعد هذا التعبير على ايجاد فئة جديدة من العقود ، شخصت بين اعدادها الاغلبية العظمى لعقود النقل خاصة النقل الحديدى .(171).

---

(171)— د . جلال مصطفى القريشي ، مطبوعة النقل الفصل الثامن، 1979_80 . ص 13 .
(كلية الحقوق والعلوم الادارية بالجزائر).

لذلك يرى الدكتور عبد المنعم فرج الصدة ((أن من اشترى تذكرة للسفـــر بالسكك الحديدية أو بالباخرة بالشروط التي كان يمكنه أن يعرفها لو كلف نفســه ذلك . فهو يتقيد بالشروط الموجودة في تذكرة السفر وكذلك بشروط التعريفــة الملصقة أو الموزعة في متناول الجمهور والتي تشير اليها تذكرة السفر)).

ويذهب الى ذلك بعض الفقهاء في فرنسا الذين يرون أنه من غير الممكن اخراج تذاكر السفر من عقد الاذعان ما دامت اسعارها ذات صفة آمرة ومحددة بارادة منفردة (172) .

وقد ذهبت بعض الأحكام القضائية في فرنسا الى اعتبار وقوف سيارة الاجــرة في المساحة المخصصة لها ايجابا عاما موجها الى الجمهور وكل من تقدم وفتح الباب ولو لم يتم ركوبه يعتبر العقد تاما بينه وبين الناقل الذي يلتزم بضمــان السلامة ، ويكون مسؤولا لو تضرر المسافرون من جراء الاقلاع بدون احتياط.
ذلك لأن العقد يرتب على الناقل الالتزام بضمان السلامة بينما يرى آخــرون بأن العقد لا يتم لكون الناقل يلتزم بتحقيق غاية . وهذا القول مبالغ فيه لأنـــه حتى وان كانت التذاكر لا تؤخذ الا داخل الحافلات فان مجرد وقوف الحافلـــة ينبيء عن وجود أماكن مخصصة للركاب وعليه تكون المسؤولية .

وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية في حكم استئنافي صادر عن مجلس قضــاء باريس تحديد مسؤولية الناقل بواسطة الملصقات لعدم وجودها في وثيقة الشحن(173).

وقد ذهب القضاء المصري الى عدم سريان الشرط الذي لم يعلم به الطرف المذعن في عقد النقل لأن مثل هذا الشرط لم يتم التعاقد عليه مادام لم يذكـــر في تذكرة النقل التي وقع عليها المرسل (174).

---

(172) ـ همار ، المجلة ربع السنوية للقانون التجاري 1968 ص116.
- J.Hemard. R.T.D. com. 1968. P. 116.

(173) ـ تجاري . 1950/1/31 . قازيت دي باليه 1950.1.241.
- Seine. 2. 6. 1947. Gaz. Pal. 1948. 1. 18.

أنظر أيضا السين 2.6.1947 . قازيت دي باليه 1948 ـ 1 ـ 18 .

في تذكـرة النقل التي وقع عليهـا المرســل (174) .

وقد ذهب القضاء المصرى أيضا فيما يخص عقود النقل الى اتخاذ مبدأ وهو أن الشروط الواردة في تذكـرة الشحن يجب أن تطبق بوصفها شريعـــة للمتعاقدين متى خلت مما يتعارض مع النظام العام (175) .

ثانيـــا : النقل البحـرى :

لقد عرفت المادة 738 من القانون البحرى الجزائرى عقد النقل البحـرى بأنــه " يتعهد الناقل بموجب نقل البضائع عن طريق البحر بايصال بضاعة معينـــة من ميناء الى ميناء آخر ، ويتعهد الشاحن بدفع المكافأة له والمسماة أجر الحمولــة" . وتضمنـــت المادة 739 من القانون البحرى الجزائرى " يبدأ عقد النقل البحـــرى بمجرد ما يأخذ الناقل البضاعة على عاتقه وينتهـي بتسليم البضاعة الى المرســل اليــه .(176) .

فمن خلال هذا التعريف يتبين أن عقد النقل البحرى هو عقد رضائـــي ومن عقود المعاوضـة ومن العقود الملزمة للجانبيـن ، وهو عقد تجارى دائمـــا بالنسبة الى الناقل ، أما بالنسبـة للشاحن فيعتبر تجاريا اذ كان تاجرا وأجرى عقـد النقل تأمينـا لحاجات تجارته " أي بالتبعية كما أنه من عقود المقاولـة .والخصيصة التي تهمنـا هو أن عقد النقل البحرى عقد اذعان ، ذلك لأن الرضائيـة فـــي العقود تستدعـي أن يكون رضا المتعاقدين صادرا عن ارادة حرة وبتيجـة محـض

(174) ـ استئناف مختلط 21 مايو 1901 (مجموعة التشريع والقضاء 13 ص317 .
وا يقضي بعدم سريان شرط يحد من مسؤولية الناقل بالسكك الحديدية عن تلف الامتعة .
لم يذكر في تذكرة النقل التي وقع عليها المرسل (أنظر عبد المنعم فرج الصدة .المرجع السابق بند 85).

(175) ـ استئناف مختلط 90 أبريل 1927 (39 ص305) .

(176) ـ قارن المادة 2/174 من القانون البحرى السورى ونصها (عقد يتعهد فيه الناقل لقاء أجرة أن يوصل الى مكان معين أمتعـة أو بضائع على أن ينقلها بطريق البحر في كل مدة السفر أو في بعضهـا " .

و مناقشة بين أطرافـه الا أن النقل البحرى قد تطور ، اذ أصبح على خطـوط الملاحـة البحرية المنتظمـة ، تحتكره اليوم شركات كبرى تضمن وثائق الشحن الـتي تصدرها في شروط مطبوعـة لا يقوى الشاحنون على مناقشتهـا ، مما جعل هذا العقد من قبيل عقود الاذعـان التي تجعل الشاحـن مضطرا لقبول هذه الشـروط (177) .

و قد أثار ذلك اهتمام التشريعات الحديثة و حملها على التدخل لحمايـة الطرف الضعيف ذو الحاجة في العقد من وطأة الشروط الجائرة التي يفرضها الناقـل و خاصة ما يتعلق منهـا باعفائـه من المسؤوليـة وقد تحققـت هذه الحمايـــة بابرام معاهـدة بروكسـل سنة 1924 المتعلقة بتوحيد بعض أحكـام النقل بسنـدات الشحن ، والتي انضمـت اليها الجزائر بمقتضـى المرسوم رقم 71 ــ 64 الصادر في 2 مارس 1964 ، وبالتالي تعتبر نصوص هذه الاتفاقية آمرة تتعلق بالنظام العـام بحيث لا يجوز الاتفاق على خلافهـا . (178) .

ويرى الدكتـور سليمان الطماوى " أن عقد النقل كثيرا ما يحدث خلط بينه وبين عقد الامتياز اذا كان موضوعـه ينصب على نقـل الأشيـاء كما في حالـة امتياز نقل الخطابات بالسفن " service postal maritime " والغالب أن يكون ثمة عقد امتياز اذا كان النقل منتظما و بمقتضى رسم مقدر مقدما وكان مسموحـــا به للادارة و للافـراد على السـواء .

و يكون عقد نقل اذا كان النقل مقصـورا على مرة واحدة أو على مـــرات

---

(177) ــ د . الياس حداد . القانـون التجارى (1980 / 1981 ص 460 مطابع مؤسسة الوحدة دمشق . (سوريـا) .

(178) ــ ر . مطبوعة الدكتور القريشي ، المقررة على طلبة السنة الرابعة السداسي الثامن بكلية الحقوق . بن عكنـون . 1979 / 1980 ص 4 .

و قد انضمت الجزائر الى اتفاقتي بيرن المنعقدتان عام 1890 ([illegible]) ([illegible]) بموجب الامرين المرقمين 72 ، 72/35 ــ 36 في 27 جويلية 1972 .

غير محدود مقدما وغير مسموح به للأفـــراد (179) .

على أيـة حال فانـه ونتيجة للظروف الخاصة التي تتم فيها عمليـــات النقل البحرى وشدة مسوءولية الناقلين المتعاقدية . فقد درج هوءلاء على تضميـن عقود النقل شروطا تعفيهـم من المسوءوليـة وهذا ما جعل من العقد عقد اذعان واستتبع ذلك أن أهمـل الناقلون تنفيذ التزاماتهم بالعناية بالبضاعة اعتمـادا على عدم مسوءوليتهـم عما يلحقها من ضـرر .

وقد أثار ذلك شكوى الشاحنين وشركات التأمين والبنوك لأن اشتراط الناقل اعفاءه من المسوءوليـة يحرم شركة التأمين من الحلول محل الشاحن فـــي حقوقـه تجاه الناقل .

كما توءدى شروط الاعفاء الى اضعاف ضمانات المصارف عند تقديمهـــا الاعتمادات المستنديـة التي يقدمهـا المصرف للبائع مصدر البضاعة بموجب وثائقها ومستنداتهـا التي تكون تحت يده ووجـود شرط الاعفاء في وثائق الشحـــن يعطل هذه الضمانة من الناحية العمليـة .

وهذا مـا أدى الى حماية الشاحن باعتباره الطرف الضعيف في معاهدة بروكسـل سالفـة الذكـــر (180) .

والتي أدخلت عليهـا تعديلات بموجب بروتوكول بروكسل الصادر فـــي 1968/2/23 وكذا التعديل الصادر في عام 1973 .

---

(179) - د . سليمان الطماوى . المرجع السابق ص 125 .

(180) - د . الياس حداد . المرجع السابق ص 483 يقول (صدر قبل هذه المعاهدة قانون هارتر في الولايات المتحدة الامريكيـة عام 1893 وكانت الولايات المتحدة في ذلك التاريخ تعتبر دولة شاحنة ويهمهـا حماية مصلحـة الشاحنيـن .
وقد فرق هذا القانون بين الاخطار التجارية التي تتعلق بشحن البضاعة وتنفيذها والمحافظة عليها وتسليمهـا ، وهي لا يجوز اشتراط عدم المسوءوليـة عنهـا ، والاخطار البحرية التي تقع في معرض قيادة السفينة من الوجهة الفنيـة ويعفي الناقل منها بقوة القانون بشرط أن يكون قد بذل العناية المعقولة كجعل السفينة في حالة صالحة للملاحـــة .

كما أن عقد النقل البحري يعتبر من فئة عقود الاذعان كذلك عقد التأمين البحري (181) . اذ يعتبر من تلك العقود التي تبرم بعيدة عن كل مناقشة .

فالغالب أن تحرر شركات التأمين وثائق الضمان بشروطها المختلفة بشكل مسبق بحيث لا يبقى أمام المنضم الا الاستسلام لشروطها (182) .

هذا وقد ذهبت محكمة استئناف باريس الى أن المسافر لا يتقيد بالشروط الواردة في تذكرة السفر بالباخرة اذا كان لم يأخذ التذكرة الا بعد حجز محله (183) .

---

(181) ـ عرفت المادة 293 من القانون البحري السوري الضمان البحري بأنه " عقد يرضى بمقتضاه الضامن تعويض المضمون عن الضرر اللاحق به في معرض رحلة بحرية عن هلاك حقيقي لقيمة ما ، مقابل دفع قسط على الا يجاوز هذا التعويض قيمة الاشياء الهالكة . " .

(182) ـ د . الياس حداد . المرجع السابق ص 484 .

(183) ـ استئناف باريس في 2 نوفمبر 1921 غازيت دى باليه ـ 1921 ـ 2 ـ 466 .

- Cour d'appel de paris. 2 Nov. 1921. Gaz. Pal. 1921. 2. 466.

المطلب الثالث : الاذعان في عقد العمل .

يمكن تصور الاذعان في عقد العمل الفردي ، وهو ذلك العقد الذي يتم بين العامل ورب العمل ، اذ يقدم هذا الاخير شروط عقد العمل في صورة ايجاب دائم ، لكونه صاحب احتكار قانوني أو فعلي موجها على العامل الا أن ينضم الى هذه الشروط فتحدد بذلك علاقة العمل بين العامل ورب العمل مع وجود لعدم التكافؤ الواضح بين الطرفين فقد اتجهت التشريعات العمالية الحديثة الى ايجاد قواعد قانونية تحمي الطرف الضعيف في العقد ، وهو العامل . كما التجأ العمال الى تنظيم نقابات تنظم شروط العمل بالتفاوض مع أرباب الاعمال فهي صورة عقد عمل جماعي لذلك نتساءل هنا عن مدى الاذعان في عقد العمل الجماعي الذي عرفه الدكتور عبد المنعم البدراوي بأنه " اتفاق تنظم بمقتضاه شروط العمل بين نقابة أو أكثر من نقابات العمال أو اتحاد نقابات العمال أو بين واحد أو أكثر من نقابات الاعمال الذين يستخدمون عمالا ينتمون الى تلك النقابات" (134) .

لذلك يمكن القول بأن هذا النوع من العقود هو نتاج للتطور الجماعي والاقتصادي الذي أدى الى تدخلات تشريعية أرست قواعد قانونية تتلاءم والمصالح المتوقعة للتطور .

كما يمكن أن يكون التشريع قد أهمل بعض الاوضاع نتيجة للتركيب الاجتماعي المعقد .

---

(134) — د . عبد المنعم البدراوي . النظرية العامة للالتزامات ، 1950 ص 115 .

وقد عرف المشرع الجزائري اتفاق العمل الجماعي بأنه " هي اتفاقية تتعلق بشروط العمل مبرمة بين هيئة الاتحاد العام للعمال الجزائريين وبين صاحب عمل واحد أو أكثر (م 35 من قانون العمل الجزائري) .

وقد تقتصر نظريته على القواعد التي تراها التنمية تحقق منفعتها وهذا ما نراه في تطور قواعد التشريع التي تحكم علاقات العمل.

لذلك تختلف تشريعات العمل من بلد الى آخر وفقا للنظام الاقتصادى والسياسي والاجتماعي الذى تتجه البلاد.

وكثيرا ما لاحظنا في البلدان الرأسمالية عدم استقرار هذا التشريع وذلك ناتج عن الصراع المستمر بين أرباب الاعمال والعمال فكان ذلك السبب في أن يلتقي ممثلو العمال للتفاوض جماعيا، لاعداد اتفاقات بين العمال وأرباب العمل تكون بمثابة القانون الذى يحكم مهنتهم.

ويقول ميشال ديسباكس في مؤلفه عن العقود الجماعية " ففي فرنسا لاحظنا أن التطور التشريعي للعمل قد غطى جزءا كبيرا من الحقوق وما بقي كان محلا للاتفاقات الجماعية.

أما في الولايات المتحدة وبريطانيا فان الاتفاقات الجماعية كانت هي الأداة الاساسية للنهوض الاجتماعي، بينما في فرنسا لا تلعب الاتفاقات الجماعية للعمل الا دورا ثانويا، ثم ان ميدان الاتفاقات الجماعية للعمل متغير ومؤقت وفي كل يوم تضاف له أحكام جديدة.

ذلك أن أرضية هذا الموضوع لا تزال خصبة ومحتاجة الى تدخل تشريعي من شأنه أن يفسح المجال أمام هذه الاتفاقيات الجماعية لازالة كل العوائق.

وميدان الاتفاقات الجماعية واسع جدا ، غير أنه نتيجة للنقص في ميدان الاعلام، فان الكثير من البلدان لم تحصل على الوجهة الحقيقية لهذه الاتفاقات من الناحية التطبيقية ".(185).

---

(185) — ميشال ديسباكس . الوجيز في قانون العمل (الاتفاقات الجماعية) ط 1966 ص4 .

- Michel Despax : Traité de droit du travail. (conventions collectives) ED. 1966.P.4

ويضيف هذا الفقيه ، أنه في فرنسا لا يمكن معرفة عدد الاجراء الذين مستهم تلك الاتفاقات ولا نسبة وجودهم في كل قطاع من قطاعات النشاط مع أن ميدان تلك الاتفاقات يمتد الى قطاعات كثيرة ، كالنقل البرى والنسيج و السنما والصحافة والنشر والاذاعة والتلفزيون ، كما أن عدة مهرجانات قد أقيمت على اتفاقات جماعية ولكن في ميدان الفلاحة قد قدرت نسبة الاجراء الذين مستهم الاتفاقات بـ 30٪ ومن المفروض أن تكون النسبة ضعف ذلك في الميدان غير الفلاحي وتكون في ميدان الصناعة **أعلى منها في التجارة والخدمات** .

ولقد كان من نتاج هذه الاتفاقات الجماعية في العمل أن ظهرت مفاهيم جديدة كالاجر العمل المضمون مع مفهوم رأس المال للضمان الاجتماعي وتسوية الدخول ، ونظام المنح الاضافية على الاداءات في التأمين الاجتماعي الممنوحة للمرضى والمصابين بحوادث العمل ومنح الوفاة والمنح الاضافية للبطالة وزيادة مدة العطل المدفوعة الأجر الى أكثر من أربعة أسابيع .

كل هذا أثر في نفسية العامل وجعله ينضم الى العمل بالشروط التي تحددها الاتفاقيات الجماعية .

وبتحليل الاتفاقات الجماعية فان أصلها يرجع الى ظروف اجتماعية شعر بها أرباب العمل وكذا العمال في حالة غياب تشريع يحدد الاطار العميق لعلاقات العمل . فقبل 19 مارس 1919 في فرنسا كان العامل يتقدم مذعنا لسوق العمل دون أن يستظل باتفاقية وكان العقد يحرر بعيدا عن كل قانون مهني حتى ظهرت الاتفاقات الجماعية ورأى أرباب الاعمال أن التشريعات ألقت عليهم أعباء كثيرة ، وأنه من الخطر أن يضاف الى ذلك خطر آخر عن طريق أحكام اتفاقية جماعية ذلك أن التفاوض مع مجموعة ممثلي العمال من شأنه أن يجعل العامل في مركز يعادل رب العمل المفاوض . (186).

---

186) — ميشال ديسباكس . المرجع السابق ص5 . والمراجع التي أشار اليها .
- H.V. HERMAN. La politique du patronnant Français 1936. 1955.
- Sellier, strategie de la lutte sociale P.217
- Sellier et Tirano. Economie du travail. P. 541.

قد تفرض

هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن الاتفاقيات الجماعية شروطا لا يمكن أن تتحملها بعض الشركات الخاصة الضعيفة اقتصاديا والتي كانت تنمو على حساب اهمالها لبعض الضمانات الاجتماعية .

أما موقف النقابات العمالية تجاه الاتفاقات الجماعية فتعتبرها النقابة مكسبا لذلك فهي تسعى الى المزيد منها .

واتفاقيات العمل الجماعية ذات مزايا كبرى للعمال وأصحاب الاعمال على السواء فبالنسبة للعمال يكون من الافضل لهم أن يتفقوا جماعة على أنسب شروط للعمل أحسن من أن يتفقوا فرادى ، وبالنسبة لاصحاب الاعمال فالاتفاقية تعتبر وسيلة سلمية لتسوية الخلافات التي تنشأ بينهم وبين عمالهم مما يؤدي الى التقليل من الاضرابات .

وقد تدخل قانون العمل الجزائرى ببعض الشروط الشكلية والموضوعية التي يجب مراعاتها في انعقاد اتفاقيات العمل الجماعية كما نص على بيانات اجبارية يتعين تضمينها الاتفاقية الى جانب البيانات الاختيارية التي يراها الطرفان .

(187) — الوجيز في شرح قانون العمل الجزائرى الجديد . تأليف د . على عوض حسن ط 1975 ص 186 .

فيجب أن تكون الاتفاقية الجماعية للعمل مكتوبة و تبرم لمدة غير محددة
كما يجب أن ينص في الاتفاقية على الاوضاع التي يمكن فسخها أو تجديدها
أو اعادة النظر فيها ولاسيما مدة الاخطار المسبق .

— ويجب أن تتضمن الاتفاقية الجماعية الاحكام المتعلقة بـ :

1 — عناصر الاجور المطبقة عن كل طائفة مهنية و محددة على أساس "عمل مساو يقابله أجر مساو" و دون تمييز في الجنس أو السن مع مراعاة أحكام التشريع فيما يختص بالتمرين و هذه العناصر هي :

أ — الحد الادنى للاجور المهنية للعمال غير المؤهلين .
ب — الاعتبارات السليمة المتعلقة بمختلف المؤهلات المهنية أو مختلف مناصب العمل التي تعتمد لتعيين الحد الادنى للاجور على كل أهلية مهنية أو كل منصب أو مجموعة مناصب عمل .
جـ — شروط أجرة العمل حسب العائد بالنسبة للطوائف المعنية .
د — الاستخدام في وقت محدود لطوائف المستخدمين و شروط أجرة عملهم .
هـ — معدلات و شروط أجرة العمل عن الساعات الاضافية و ساعات العمل الليلية و أيام الراحة الاسبوعية و أيام الاعياد الرسمية .
و — تعويضات النفقات المهنية و تعويضات التنقل .
ز — الزيادات الخاصة بسبب الاقدمية و التعويضات عن الاعمال الخطرة أو الشاقة أو الضارة بالصحة .
ح — مبلغ المكافآت و التعويضات من كل نوع و كيفية تخصصها بالنسبة لكل طائفة مهنية بما في ذلك الامتيازات العينية .

2 — شروط تشغيل العمال و تسريحهم
3 — فترة التجربة .
4 — مهلة العطلة و بدل الاخطار .
5 — العطل المدفوعة الأجر .
6 — الاحكام المتعلقة باجراءات اعادة النظر في الاتفاقية أو تعديلها أو فسخها بكاملها أو لجزء منها .
7 — كيفية تنظيم التدريب (التمهين) و محو الأمية و التكوين المهني .
8 — الشروط الخاصة بعمل النساء و الاحداث . .

كما يمكن أن تتضمن الاتفاقية أحكاما أكثر فائدة للعمال من أحكام القوانين والنظم الجارى العمل بها ولكن شريطة الا تتضمن أحكاما تخالف أحكام النظام العام المحددة بهذه القوانين والنظم ولاسيما الأحكام المتعلقة بالأجور والتعويضات والمكافآت من أى نوع كانت المادة 89 من قانون العمل الجزائرى). •

والعامل الذى يعقد عقودا تدخل في اطار الاتفاقيات الجماعية للعمل وانما رضاؤه يكون بمدى اقتناعه بما توصل اليه ممثلو العمال من ادماج للشروط التي يطالب العمال بتوفيرها .

وقد لا يقتنع بعض العمال ويظهرون عدم رضائهم ومع ذلك فانه يسرى الاتفاق الجماعي في حقهم (133) .

وعليه فان قبوله بالعقود الجماعية المبنية على تلك الاتفاقات يذوب في وسط قبول الجماعة وارادته تختفي لتحل محلها الارادة الجماعية وكأنما يكون قد تحقق قول ليون كان " اذا كان القرن التاسع عشر هو عصر ازدهار مبدأ سلطان الارادة الفردية فان القرن العشرين سيكون هو عصر مبدأ ازدهار الارادة الجماعية" .

• — وتحضر مشاريع الاتفاقات النموذجية من قبل اللجنة الوطنية للاتفاقات الجماعية أولها أن تطلب من الادارات المعنية القيام بكل تحقيق والاطلاع على جميع الوثائق الضرورية لاداء مهمتها ويحدد تشكيل اللجنة الوطنية للاتفاقات الجماعية بموجب مرسوم وتجتمع بناء على دعوة من رئيسها (المادتان 102 ، 103 من قانون العمل الجزائرى).
وبهذا الاتجاه الذى اتخذه المشرع الجزائرى يزول الاحتكار الذى يكاد اسمه يلتصق بكل عقود الاذعان .
ولكن مع ذلك فاننا مع ايماننا بأن الاحتكار هو السبب المباشر في الاذعان فانه يؤدى بنا الى القول بأن للنقابة دور هام فهي تمد للعقود ما لا يستطيع أن يحدده الفرد الواحد من مخططات ومطالب وشروط تدرج أثناء مفاوضاتها مع أرباب الاعمال وبذلك تعيد التوزان وتضمن الفعالية الضرورية لتطبيقها ولتوجيه التشريعات العمالية من جهة أخرى . كما أن موقف الدولة انما يحبذ هذه الاتفاقات الجماعية لتساعد على الاستقرار والتعايش السلمي بين العمال وأرباب الأعمال .

(133) 1 — د . عبد المنعم البدراوى . المرجع السابق .ص 115 .

وعلى الرغم من أن عقد العمل الجماعي لم يقتصر على البلدان الاشتراكية وانما تجد أيضا له مجالا واسعا في سائر الدول الا أن تدخل الدولة يختلف وفقا لطبيعة النظام ، فتضاءل هذا المبدأ في البلدان الاشتراكية وأصبحت تشريعات العمل عامة أى أن القانون الاساسي العام للعامل لم يفرق بين وضع العامل في القطاع العام أو الخاص . ورتب حقوقا وواجبات للعمال ووفر مختلف الضمانات وأن نصوصه التطبيقية بدأت تظهر مهتدية بهذا النص العام .

وفي مصر تضمن المشروع التمهيدى نصين أحدهما خاص بعقود الجماعة والثاني بالعقود النموذجية . فكانت المادة 146 من المشروع التمهيدى تنص على أنه " في عقود الجماعة يتم القبول برضاء الاغلبية وترتبط الأقلية بهذا القبول " ، ومثل عقود الجماعة عقد العمل الجماعي وهو الذى ينظم شروط العمل مابين أصحاب الأعمال وطائفة العمال (189) .

وقد أصبح رقم المادة 155 في المشروع النهائي .

ويقول السنهورى " وهنا ترى أن كل فرد من الاقلية قد ارتبط بعقد لم يقبله ولم يكن طرفا فيه ، وأصبح لا يستطيع الانحراف في عقد فردى عن نصوص العقد الجماعي ، وهذا خروج بين على القواعد المدنية ، يعلله أن عقود الجماعة أقرب الى القوانين منها الى العقود وهي على كل حال تنشئ مراكز قانونية منتظمة " .

والذى نستنتجه من ذلك أن الفرد أصبح يذعن لما تمليه الجماعة وبهذا المعنى يكون عقد العمل الجماعي عقد اذعان .

---

(189) — د . السنهورى . الوسيط في شرح القانون المدني ج 1 ص 235 .

المطلب الرابع :

الاذعان والعقد الدولي .

العقد الدولي هو ذلك الاتفاق الذى يتم بين شخص أو عدة أشخاص ينتمون الى دول مختلفة ويخضعون في تعاملهم الى مجموع العلاقات القانونية المتبعة دوليا والمتولدة من القوانين الداخلية والمعاهدات الدولية والقوانين المهنية الدولية وكذا الاعراف الدولية .

وأبرز مثال على ذلك هو عقد البيع الدولي وهو عقد مركب اذ أنه مرتبط بتجاوزه للحدود فيقتضي ابرام عقود النقل البحرية والجوية والبحرية التي لها قواعدها القانونية ومخاطرها الخاصة بالاضافة الى أن كل هذه العقود من فئة عقد الاذعان .

والمشترى أو البائع في العقد التجارى الدولي يجب عليهما أن يعقدا تأمينا "Assurances" ضد هذه المخاطر وهي المخاطر التقليدية كالحوادث والحرائق ،والغرق ،ولكن المشترى دائما يؤمن ضد أخطار بوليصة النقل ويحصل كما هو الحال في النقل البرى على تأمين ضد المخاطر النادرة كالهزات الارضية والتجارب النووية ، الحروب .

ومن جهته فان البائع يمكن أن يأخذ بعين الاعتبار عدم الاستقرار السياسي للبلد المستورد ،وكذا مدى ملاءة المشترى فنجد في فرنسا مثلا أن الهيئة الفرنسية[190] لتأمين التجارة الخارجية تتحمل نتائج هذه المخاطر.

190 . Compagnie Française pour le commerce exterieur (C.O.F. A.C.E.)

---

(190)— روبير بليزان ،وبرنارد جادو . قانون التجارة الدولية 1976 ص58.

- Bernard Jadaut ot Robort plaisant : droit de commerce international 1976.P. 58.

وتحكم البيع التجارى الدولي قواعد خاصة يذعن لها كل من طرفي العقد وهي غالبا ما تسمى بالشروط العامة ، وغالبا ما تختلط بالعقود النموذجية خاصة اذا كانت معدة من طرف هيئة مهنية (191) .

وهكذا فقد تطور مفهوم الاذعان ولم يصبح مجرد خضوع أحد الاطراف لارادة منفردة يمليها الموجب في العقود البسيطة المادية الداخلية بل امتد ليشتمل العقود الدولية .

ولا شك أن المصطلحات التي أشرنا اليها سابقا والتي أعدتها غرفة التجارة الدولية خير شاهد على ذلك .

كما أننا نعرف بأن العقود التجارية الدولية كانت وليدة أعراف دولية استقر عليها التجار وأدخلوها في عقودهم .

كما أن الاذعان لتلك الشروط لم يقتصر فقط على ابرام العقد بالانضمام اليه تحت لواء الشروط التعسفية التي تعد من خلق التجار .

بل أن التشريعات الدولية قد تطورت لتذعن كلا طرفي العقد الى الهيئات خاصة حتى في مجال منازعاتها فأنشأت فقط ما لتسوية المنازعات وهذا ما يسمى بالتحكيم التجارى الدولي .

وأبرز مثال للعقود التجارية الدولية هو عقد البيع الدولي ، كما سبق أن أشرنا ، اذ تستعمل فيه نماذج للعقود ، ولا يكفي في هذا العقد تحرير مجرد عقد بيع ولكن يجب أن يكون مصحوبا بعقد النقل والتأمين التي تمكن من تنفيذه .

---

(191) — برليوز ، المرجع السابق ص 32 . يقول

- " On assiste aussi à l'internationalisation du contrat à cause de l'insertitude qui pose parfois sur les contrats de caractère international en raison de complexité, du droit international privé d'une part et des difficultés rencontrées pour obtenir des renseignements sûrs au sujet d'un système juridique étranger, d'autres part". Des normes originales du commerce internationale se forment le mot, "commerce" et employé dans le sens de l'ensemble des relations économiques internationales a l'exception de celle qui se resentent en presence que des collectivités publiques agiss selon les procédés qui leur sont propres ".
Des normes se forment par l'adhesion a des regles abstrait et generales incorporées dans des contrats types et interpretées en fonction de regles standardisées d'interpretation. "

فلابد على كل من البائع والمشترى أن يبحثا عن أمن اضافي عن طريق البنوك التي تكلف بعمليات الدفع في الخارج وكذا أخذ الاحتياط اللازم عن المخاطر السياسية والاجتماعية والتأكد من ملاءة المدين ، لذلك يستعملان القروض، فالبائع يستعمل ما يسمى " بفن الاعتماد المستندى""Techni:ue du credit d.cumentaire" بحيث أن هذا القرض تسلم فيه وثيقة مقابل الدفع " Document c.ntre p.iement " ووثائق مقابل القبول - " Document c.ntre accepta tion" :

المطلب الخامس :

الاذعان في العقود التي تجريها البنوك .

من خلال دراستنا لتكوين عقد الاذعان فاننا لاحظنا أنه عقد موجه الى الكافة بصورة متماثلة ،أي أنه بعيدا عن الاخذ بالاعتبار الشخصي ، غير أنه كما سنرى ، يمكن الاخذ بهذا الاعتبار ضمنيا أو صراحة .

فالعقود التي تجريها البنوك غالبا ما تكون مطبوعة مسبقا في نماذج معينة وما على المتعاقد الا أن يستسلم لتلك الشروط لهذا فهي الاخرى من فئة عقد الاذعان ، الا أنها على الرغم من ذلك تتأثر بالاعتبار الشخصي (192) .

ولعل أبرز مثال على ذلك هو عقد القرض الذى يعتبر أحد العقود التي تقوم بها البنوك غير أن أساسه الثقة والائتمان في المتعاقد المنضم (المذعن) ولا تتولد هذه الثقة الا بالاخذ بالاعتبار الشخصي مع أن بعض الاحكام القضائية في فرنسا تؤكد أن أي اختيار للمتعاقد يعتبر من باب التفرقة يخل بصفة التماثل في عقد الاذعان(193) .

وكذا بالنسبة لفتح حساب جار لدى بنك معين فانه يتم بمقتضى عقد بين البنك وعميله ، ويلزم لقيام هذا العقد رضا الطرفين به ، وقد يكون رضا العميل ضمنيا ،كما اذا كان هناك تعامل سابق بين البنك والعميل وترك العميل في يد المصرف مبالغ نقدية يستطيع سحبها في أي وقت وتثبت موافقة العميل كما يثبت عقد فتح الحساب أيضا بتسليم العميل دفتر شيكات مقابل ايصال به ولابد أيضا من موافقة البنك .

---

(192) — برليوز ،المرجع السابق ص 48 . والمراجع التي أشار اليها .
Rives langes. des problémes juridiques posés par l'operation d'escompte. Thèse,paris, 1960. P.12. ef. tribunal. conn. scine 27 juin 1960.Gas.pal. 1960. 2.219. obs.de M. le doyen HAMEL, banque, 1959.P.6.morin , banque 1960.P.532.

(193) — ليون، 16 ماى 1928 . اللوز . 1928 — 2 — 197 .
LYON :16 MAI 1928. D. 1929.2.197.

وللبنوك دائما حق رفض فتح الحساب بعميل غير مرغوب فيه ، ومن هنا فان الحصول على ثقة البنك جد هامة ولها اعتبار . فلكي يؤكد العميل هذه الثقة لابد أن يذعن لكل الشروط التي تفرضها البنوك .

وتعد البنوك عقودها وتضمنها شروطا ولا تقبل المفاوضة فيها الا عندما تكون الصفقة هامة (199) .

فالعقود البنكية تعتبر في الواقع المثل الوصفي لعقد الاذعان بطبيعته ، فكثرة العمليات اليومية التي تقوم بها البنوك لا تخول مفاوضة عميقة بشأن كل عملية على حده ، وضرورة حركيتها ونشاطها وعلانيتها يفرض ثباتها وتماثلها .

لذلك فان النماذج المطبوعة تقدم الى العميل لامضائها وتكون متماثلة بالنسبة للعمليات التي على نفس النمط وتسير وفقا لتصميم متماثل . فالعميل يتقدم الى البنك وهو راضخ لكل الاجراءات سواء تلك المتعلقة بفتح الحساب الجارى أو النقل المصرفي كما يخضع لشروط المدفوعات وتطبق عليه مبادئ من خلق هذه المؤسسات كمبدأ عدم تجزئة الحساب الجارى ، ومبدأ عدم التجزئة والاعتداد بالرصيد المؤقت . والحجز على الحساب الجارى ، والقيود العكسية وغيرها مما يؤدى بنا الى القول بأن عميل البنك وهو يتعاقد يستسلم لانظمة غالبا ما يكون جاهلا لها ولا تقبل أى تعديل ولا مناقشة لانها من صنع تلك المؤسسات الضخمة التي تفوقه قوة ، وأنه يخضع لها ليحصل على الائتمان والثقة في معاملاته التجارية خاصة اذا تعلق الامر بالتعامل في مجال التجارة الدولية .

ومع ذلك فانه ليس في كل الاحوال يمكن أن نكيف التعامل مع البنوك على أنه عقد اذعان ذلك أن المعيار هو مدى حرية الاختيار فمثلا قد حكم بأن " عقد التوريد الذى يقترض شخص بمقتضاه مبلغا من أحد البنوك مقابل تعهده بايداع مقدار معين من القطن فيه ضمانا لوفاء ذلك القرض — لا يعتبر من عقود الاذعان التي لا يكون فيها لأحد الطرفين حرية الاختيار ، لان تجارة القطن ليست محصورة في

---

(199) — بيرليوز ، المرجع السابق ص 40 . اذ يقول :

" Les contr.ts bancaires sont établis sur des formules preétablis par La banque, . des conditions que celle-ci, sauf dans de cas d'operations Extremement importante, n'accepte pas de discuter."

جهة أو فئة معينة ، بل تشتغل بها في مصر بيوت تجارية متعددة و أفراد من مختلف التجار فلم يكن هناك ما يدعو ذلك المقترض الى عقد الصفقة مع هذا البنك الى الاذعان الى الشروط الواردة في عقده وكان في وسعه أن يتعاقد مع غيره أن يكون حرا في اختيار من يتعامل معه و من ثم يكون هذا العقد محترما و منتجا لجميع آثاره القانونية مادامت لا تتعارض نصوصه مع النظام العام (200).

المطلب السادس .

الاذعان في عقد النشر .

و عقد النشر هو اتفاق يلتزم بمقتضاه ناشر يقوم بطبع و نشر الطبعة أو الطبعات المتفق عليها مقابل أجر يتلقاه المؤلف .

فطرفاه هما المؤلف و الناشر . و يعتبر الناشر رب العمل و المؤلف مقاول فهو بذلك صورة من عقد المقاولة ، و هو في القانون المصرى عقد رضائي ملزم للجانبين و من العقود الزمنية و يخضع في اثباته للقواعد العامة في القانون المدني . غير أنه عقد شكلي طبقا للتشريع الجزائرى اذ نصت المادة 44 من قانون حق المؤلف " أن عقد النشر هو العقد الذى يخول المؤلف بمقتضاه و بشروط معينة حقه للناشر في أن يصنع أو يأمر بتصنيع نسخ تخطيطية من الانتاج على أن يتحمل طبعه و نشره هذا باستثناء العقد المبرم لحساب المؤلف أو ما يسمى بعقد المناصفة " Contr · dite" de compte à demi" " ولابد أن يكون هذا العقد مكتوبا و الا وقع تحت طائلة البطلان (201).

(200) — محكمة مصر الابتدائية الدائرة التجارية 6 فبراير 1941 المحاماة 21 رقم 341 ص 1043.

(201) — الامر رقم 73 — 14 المؤرخ في 29 صفر عام 1383 هـ الموافق 3 أبريل 1973 المتعلق بحق المؤلف ، الصادر بالجريدة الرسمية العدد 1973/29 بتاريخ 10 أفريل 1973.

فالكتابة ركن في العقد وليست للاثبات في التشريع الجزائرى.

وبموجب عقد النشر ينبغي على الناشر أن يقوم أو يأمر بصنع النسخ حسب الكيفيات والاشكال المنصوص عليها في العقد.

ولا يمكن أن يدخل أى تعديل "Aucune modification" على انتاج المؤلف دون موافقته.

ويعتبر عقد النشر عقد اذعان، ذلك لان الناشر يضع شروطا مسبقة لأنه صاحب احتكار قانوني اذ أن النشر في الجزائر مثلا تحتكره الشركة الوطنية للنشر والتوزيع (S. N. E. D) وما على المؤلف الا أن يخضع للشروط التي يتقدم بها الناشر.

وقد حمى المشرع الجزائرى بموجب الامر السابق الاشارة اليه حقوق المؤلف.

المبحث الثاني : قوة عقد الاذعان من حيث موضوعه .

قوة عقد الاذعان من حيث موضوعه .

نتناول أولا تفسير العقد ثم ننتقل ثانيا الى مدى سلطة القاضي في تعديل العقد في المطلبين التاليين :

المطلب الاول : في تفسير العقد .

أولا : القاعدة العامة لتفسير العقود .

يقصد بتفسير العقد ذلك التفسير الذى يلجأ اليه القاضي عند نشوب نزاع بين المتعاقدين ، فيستخلص معنى العقد عن طريق تحديد ما قصدته الارادة المشتركة لعاقديه (202) .

وكل العقود تنعقد بقصد المتعاقدين وقواعد العدالة فيجب أن تنفذ بحسن نية المادة 3/1134 مدني فرنسي والمادة 1156 م ف " يجب في العقود البحث عن قصد المتعاقدين وعدم الاقتصار على المعنى اللغوى " .

وقد نص القانون المصرى القديم في المادة 138 المقابلة للمادة 1156 م فرنسي على أنه " يجب أن تفسر المشارطات على حسب الغرض الذى يظهر أن المتعاقدين قصدوه مهما كان المعنى اللغوى للالفاظ المستعملة فيها مع مراعاة ما يقتضيه نوع المشارطة والعرف الجارى " .

ولقد جاءت المادة 111 مدني جزائرى موافقة للمادة 150 فقرة أولى مدني مصرى ، وهي تماثل المادة 193 مدني كويتي ، واضعة القاعدة العامة في تفسير العقود اذ نصت على أنه اذا كانت عبارة العقد واضحة فلايجوز الانحراف عنها عن

(202) مازو . دروس في القانون المدني . الجزء الثاني . الطبعة الرابعة فقرة 373 .
MAZeaud Leçon de droit civil. T. 2. 4em ed. parjuglart N° 373.

طريق تأويلها للتعرف على ارادة المتعاقديـن .

أما اذا كان هناك محل لتأويل العقد ،فيجب الوقوف عند المعنى الحرفي للالفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوفر من أمانـة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات ".

فالقانون المدني الجزائري قد نظر الى حالات ثلاث في تفسير العقـد فاذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عن المعنى الظاهر لها .

أما اذا كانت عبارة العقد غير واضحة فيجب البحث عن النية المشتركـة أو الارادة المشتركة التي دفعت المتعاقدين الى التعاقد ،فان كان هناك شك في تبيين هذه الارادة فسر لمصلحة الملتزم في غير عقد الاذعان .

وسوف نتعرض الى الاجابة عن السؤال التالي : لماذا يفسر الشك لمصلحة الطرف المذعن سواء كان دائنا أو مدينا ،مع أن الشك كقاعدة عامة يفسر لمصلحة المدين ؟ عند تفسير عقد الاذعان في الفقه والتشريعات العربيـة (203).

ثانيـا : تفسير عقد الاذعان في الفقه والتشريعات العربية .

وبالنسبة الى تفسير عقد الاذعان فانه لا يمكن أن يعامل مثل العقـود الاخـرى التي تنطبق عليهـا نص المادة السابقة ، وذلك لغياب الارادة المشتركـة في عقد الاذعـان .

لذلك تقضي المحاكم بأنه يجب تفسير عقد الاذعان ،ليس على أساس القصد المشترك للمتعاقدين بل على حسب الغرض الذى سعى اليه المتعاقدان وبذلك تتوصل فـي أغلب الاحيان الى تفسير عقد الاذعان لمصلحة القابل (الطرف المذعن).

وقد أورد المشرع المدني الجزائرى نص المادة 112 التي تقابل المادة 151 مدنـي مصـرى " يؤول الشك في مصلحة المديـن .

(203) — للمزيد من البحث في القواعد العامة في تفسير العقود راجع :
— د . السنهورى . الوسيط في شرح القانون المدني ج 2 ص551 الى 616.
— د . الشيتي . في تكوين العقد وتفسيره في القانون المصرى الجديد (رسالة تقدم بها الى معهد القانون المقارن بجامعة باريس 1949) .

غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن ". (204) .

وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصرى عن الفقرة الثانية من المادة 217 " الاصل أن يفسر الشك في مصلحة المدين عند غموض عبارة التعاقد غموضا لا يتيح زواله . وقد استثنى المشروع من حكم هذا الاصل عقود الاذعان فقضى بأن يفسر الشك فيها لمصلحة العاقد المذعن دائنا كان أو مدينا "(205) .

وهذا ما أدى بالمشرع العراقي في المادة 3/167 الى النص على أنه " لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائنا . ".

ويقول الدكتور سليمان مرقس" ومن ناحية أخرى خص المشرع عقود الاذعان بمزية أخرى خرج بها على القاعدة العامة في تفسير العقود وهي تقضي بأن يفسر الشك في مصلحة المدين (المادة 1/151) .

اذ رأى أن الطرف القوى في عقود الاذعان قد يكون مدينا فلا يجوز له أن يستفيد من غموض الشروط التي أملاها هو وفرضها على الطرف المذعن دون أن يترك خيارا في شأنها فنص في المادة 2/151 على أنه " لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن .

أي أن الشك يجب في عقود الاذعان أن يفسر لمصلحة المذعن دائنا كان أو مدينا ".(206) .

---

(204) — راجع في قوانين البلاد العربية المادة 2/152 مدني سورى والمادة 2/153 مدني ليبي والمادة 161 تجارى كويتي والمادة 2/141 مدني سوداني و المادة 1/240 مدني أردني وهي مطابقة للمادة المصرية .

(205) — مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصرى الجديد المادة 151 ص99 .

(206) — د . سليمان مرقس نظرية العقد ط 1956 ص26 بند 939 .

فالتشريع المصرى يرى " أن العاقد الآخر وهو أقوى العاقدين يتوافر لـــه من الوسائل ما يمكنه من أن يفرض على المذعن عند التعاقد شروطا واضحة بينـــة فاذا لم يفعل ذلك بغبائه أو تقصيره حمل تبعته لأنه يعتبر متسببا فـي هـــذا الغمـــوض.

ونصت المادة 1288 من التقنين الاسباني وكذلك المادة 915 من التقنيـن النمساوى على أن " ابهام العبارة يفسر ضد من صدرت عنه ".(207).

ويقول الدكتور بدر جاسم اليعقوب بصدد التعرض الى تفسير عقد الاذعـان في القانون المدني الكويتي " أما اذا كان العقد من عقود الاذعان فان الارادة المشتركة تكاد تختفي تماما ،حيث يتوارى الطرف المذعن تحت نظام لم يناقشه كما هو الحـال بالنسبة للتوقيع على عقد التأمين ،ولذلك رأى المشرع تحقيقا للعدالة أن يفســر غموض عبارة العقد لمصلحة الطرف المذعن سواء كان هذا الطرف دائنا أم مدينا(208).

وما ذهب اليه القانون المصرى والتقنينات المدنية العربية كان قد استقـر عليـــه القضاء المصرى من قبـــل (209).

لذلك يقول عبد المنعم فرج الصدة " كذلك استخدام القضاء التفسير فـــي صالح الطرف المذعن ،فتفسر غموض الشرط في صالح الطرف المذعن لان تبعة هـــذا الغمـــوض تقع على عاتق الموجب الذى انفرد بتحرير العقد وكان المجال الخصـــب لهذه القاعدة هو عقد التأميـــن ".(210).

وحالة تفسير عقد الاذعان كغيره من العقود لا يخلو من أنواع ثلاث فاما أن تكون عبارته واضحة ،وأما أن تكون غامضة ،واما أن يشك القاضـي في اتجاه الارادتيـــن

---

(207) ــ مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصرى جـ 2 ص299.

(208) ــ د. بدر جاسم اليعقوب. أصول الالتزام في القانون المدني الكويتي الطبعة الاولى 1981. ص237. مطابع دار القبس بالكويت.

(209) ــ محكمة استئناف الاسكندرية المختلطة في 12 أفريل 1926 م40ص295 وهو يفسر الالتزام في مصلحة الطرف المذعـن.

(210) ــ د. عبد المنعم فرج الصدة. نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ،المرجع السابق بند 35.

1 ـ الحالة الاولى : عندما تكون عبارة عقد الاذعان واضحة .

تنص المادة 111 فقرة أولى مدني جزائري على أنه " اذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على ارادة المتعاقدين " .

وهذه الفقرة تفيد أنه عندما تكون عبارة العقد واضحة في جملتها في الدلالة وكانت هذه الدلالة مطابقة لما اتجهت اليه هذه الارادة ، فان العقد هنا ، لايحتاج الى بذل جهد لتفسيره بل أن على القاضي تطبيقه وفقا للمعنى الظاهر لها ، وهذا ما ذهبت اليه التشريعات العربية .

ويقول جميل الشرقاوي " وأسمى المشروع تفسيرا للنص الواضح " اعترافا " للدلالة على حرصه على الالتزام بمقاصد المتعاقدين " (211) .

وينطبق هذا الحكم الذى أوردته النصوص على عقد الاذعان كما ينطبق على كل أنواع العقود الاخرى .

وقضي في ذلك بأنه " من المقرر أنه اذا كانت عبارات المحررات أو العقود واضحة ظاهرة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على ارادة محرريها أو المتعاقدين اذ لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح وانه وان كان من سلطة محكمة الموضوع تفسير الاتفاقات والمحررات للتعرف على حقيقة القصد منها فان ذلك مشروط بألا يكون في التفسير خروجا عما تحتمله عبارات الاتفاق أو المحرر أو تشويها لحقيقة معناها " (212) .

ويقول الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي " بيد أنه لا يكفي أن تكون عبارة العقد واضحة في ذاتها حتى تكون في غير حاجة الى تفسير ، وانما يجب أن تكون فوق ذلك واضحة بالنسبة لدلالتها على ما اتجهت اليه ارادة المتعاقدين المشتركة ، اذ قد تكون العبارة واضحة في ذاتها ولكن يعتريها الغموض بالنسبة الى حقيقة مدلولها " (213) .

---

(211) ـ د . جميل الشرقاوى ، النظرية العامة للالتزام ص 354 .

(212) ـ د . بدر جاسم اليعقوب . المرجع السابق ص 284 .

(213) ـ د . عبد الفتاح عبد الباقي : نظرية الالتزام ، مذكرات على الرونيو ، لطلبة السنة الثانية كلية الحقوق والشريعة جامعة الكويت ص 305 .

2 - الحالة الثانية : عندما تكون عبارة العقد غامضة .

تنص المادة 2/111 مدني جزائري على أنه " أما اذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للالفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعقد الجاري في المعاملات " .

فاذا كانت عبارة العقد غير واضحة فلا مفر من تفسير العقد بحسب ماقصد اليه المتعاقدان ، وتنص المادة 1156 مدني فرنسي بأنه " يجب في العقود البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للالفاظ :

" On doit dans les conventions rechercher qu'elle à été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrèter au sens litteral des termes".

وتنص المادة 2/193 من القانون المدني الكويتي " اذا كان هناك محل لتفسير العقد فانه يجب تقصي النية المشتركة للمتعاقدين من مجموع وقائعه وظروف ابرامه دون الوقوف عند مجرد معاني الفاظه أو عباراته مع الاستهداء بطبيعة التعامل والعادات الجارية وما ينبغي أن يتوافر بين المتعاقدين من حسن النية وشرف التعامل " .

وبذلك يكون المشرع قد وضح عدة عوامل يستهدى بها القاضي للوصول الى غرضه من تفسير العقد وهي طبيعة التعامل ،والعادات الجارية وماينبغي أن يتوافر بين المتعاقدين من حسن النية وشرف التعامل ،وأيضا ما بينهما من أمانة وثقة .

وتعتبر هذه العوامل ارشادات للقاضي يستعين بها في تفسير عبارات العقد ، وليس ملزما بها بحيث لا يقتصر عليها اذ أن له أن يبحث في وسائل أخرى للوصول الى الارادة المشتركة للمتعاقدين .

.../...

والمقصود بطبيعة التعامل الواردة في النص،هو طبيعة العقد ذاته فاذا كانت عبارة العقد مثلا تحمل أكثر من معنى ،فانه يؤخذ بالمعنى الذى يتفق وطبيعة العقد ذاتــه .

كما يستحسن القاضي أيضا في تفسير ارادة المتعاقدين بالعادات الجاريــة بما لا يخالف بطبيعة الحال النظام العام والآداب .

وعلى كل فان القاضي يسترشد بقدر الامكان بما أشار اليه التقنين دون أن ينسى أن التفسير في نهاية المطاف مسألة فن وذوق وكياسة وخبرة (214) .

3 — الحالة الثالثة : عندما يكتنف الشك ارادة المتعاقدين .

تنص المادة 112 مدني جزائرى على أنه :

" يؤول الشك في مصلحة المديـن .

غيـر أنــه لا يـجـوز أن يكـون تأويـل العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعـن ".

وقد سبق بيان أصل المادة وتفسيرها غير أن الذى يسترعي الانتباه أن المشرع الكويتي قد أورد المادة 1/194 ينفرد بها عن بقية التشريعات العربيــة ومتنهـا " اذا تعذر ازالة ما يكتنف أحد شروط العقد من غموض ،وبقي شك في حقيقة مقصد المتعاقدين منه فسر الشك لمصلحة المتعاقد الذى يكون من شأن اعمـال الشرط أن يضـره " .

فيتضح من خلال متن النص أن المشرع الكويتي قد جعل تفسير الشك لمصلحة المتعاقد الذى يكون من شأن اعمال الشرط أن يضـره وبذلك يكون قد ابتعـــد عن الطريق الذى نهجتـه التشريعات الاخـرى .(215) التي تبنت أن الشك يفســر لمصلحة المديـن .

---

(214) — المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي (تعليق على المادة 1/193) نقلا عن بدر جاسم اليعقوب ،المرجع السابق ،ص 286 .

(215) — أنظر في ذلك . المادة 116 مدني عراقي ،1/240 قانون مدني أردني ،المادة 1/151 مدني سورى المادة 151 مدني ليبي والمادة 472 موجبات لبناني .

و قد ناصر هذا الرأى الدكتور بدر جاسم اليعقوب اذ يقول " وخيـــرا فعل المشرع بابتعاده عن هذا الاتجاه لأنــه وان كان يصدق في حالات غالبة في العمل أن من شأن اعمال الشرط الغامض في العقد أن يحمل المدين بالالتزام أو تشديد العبء عليه ، الا أن هذا الوضع ليس صحيحا على اطلاقــه ، فهناك حالات من المسلم فيهـــا أن الشك يفسر ضد من يتحمل الالتزام ، أى ضد المديـــن ومنهـــا حالات الاعفاء من المسوولية على الوجه الذى يقضي به القانون(216) سواء كانت مسوولية ناجمة عن عمل غير مشروع ، أم عن اخلال بالتزام ناشيء عن العقـــــد . فلو أن المضرور وهو الدائن بالتعويض ، اتفق مع محدث الضرر و هو المدين بالتعويض ، على اعفاء هذا الاخيـر من المسوولية وثار الشك في مدلول الشرط القاضي بهذا الاعفاء ، في وجوده أو فحواه ، فانه من المسلم فقها وقضاء أن الشك يفسر في المعنى الذى يضيق الاعفاء ، أى أنه يفسر لمصلحة المضرور ، وهو الدائن بالتعويـــض و ليس لمصلحة محدث الضرر وهو المدين بالتعويض (217) .

(216) ـ د . بدر جاسم اليعقوب المرجع السابق ص 286 .
(217) ـ المذكرة الايضاحية (تعليق على المادة 1/194 كويتي أشار اليها د . بدر جاسم اليعقـوب المرجع السابق ص 287 .

المطلب الثاني : سلطة القاضي في تعديل عقد الاذعان .

تمهيد : احترام القاضي لقانون العقد .

الأصل هو احترام القاضي لقانون العقد ولا يملك تعديله والا استهدف حكمه للنقض . وهذا ما يسمى بمبدأ القوة الملزمة للعقد وهو قائم على مبدأ سلطان الارادة وقد ساد مبدأ العقد شريعة المتعاقدين المذهب الفردي وهو يرد كل شيء الى الارادة فهي مصطلحة في كل العلاقات القانونية فلا تعاقد الا بعد توافر ارادتين وينبثق من هذا المبدأ فكرة حرية التعاقد دون أي دخل لأي عنصر خارجي ولكنه نتيجة العوامل التي سبق أن أشرنا اليها وقعت تقلبات حتى في فكرة الملكية ، والارادة الظاهرة اذ أن الملكية أصبحت لها وظيفة اجتماعية وعقود العمل والنقل والتأمين وعقود الاذعان بصفة عامة تدخلت فيها اعتبارات اقتصادية تفرض الالتزام بعنصر معين وهو احترام الخطة في دولة اشتراكية . وهناك اعتبار اجتماعي يصدق على البلدان الاشتراكية والرأسمالية على السواء فعدم احترام المبدأ يؤدى الى عدم استقرار المعاملات .

وهناك اعتبار خلقي لا زال قائما وهو التزام المحافظة على الكلمة وغني عن البيان أن مبدأ القوة الملزمة للعقد تترتب عليه نتيجة ايجابية ونتائج سلبية فالاولى هي أن للمتعاقدين الغاء أو تعديل العقد اما الثانية فهي النتائج السلبية المتمثلة في أنه :

1 — لا يجوز لاحد المتعاقدين الانفراد بتعديل العقد أو الغائه .

2 — لا يجوز للمشرع أن يتدخل لتعديل العقد .

3 — لا يجوز للقاضي أن يتدخل لتعديل العقد .

ولكن ترد على هذه النتائج السلبية عدة استثناءات :

.../...

– أنه يجوز للمشرع أن يتدخل لتعديل العقد (باصدار تخفيض الزامي على كل العقود كالايجار مثلا فيصدر قانونا جديدا معدلا).

– يجوز للقاضي أن يتدخل لتعديل العقد في ظروف خاصة هي :

أ – يمكن أن يتدخل القاضي لمجرد منح أجل للمدين دون أن يمس جوهر الالتزام كالمهلة القضائية "Délai de grâce".

ب – يمكن أن يتدخل لتعديل أحد شروط العقد كالشرط الجزائي وهو عبارة عن تعويض متفق عليه بين المتعاقدين يتوقعه الطرفان في حالتي عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ وليس شرطا أن يكون واردا في العقد بل يمكن أن يكون شرطا لاحقا ويظل معتبرا كشرط جزائي فيخفض بحسب الظروف .

ج – لاعادة التوازن بين التزامات الطرفين في العقد حسب مقتضيات العدالة نتيجة الغبن والاستغلال .

فيتدخل القاضي اذا كان هناك غبن معاصر لتكوين العقد وفقا لنظرية الاستغلال التي تعطي الحق للقاضي في تعديل العقد ومعالجة الغبن الذى وقع أثناء تكوين العقد فيعدل من الشروط التعسفية Clauses léoninnes او يعفي منها الطرف الضعيف خاصة في عقد الاذعان .

وهناك غبن لاحق على تكوين العقد نتيجة الظرف الطارئ (نظرية الحوادث الطارئة) فاعادة التوازن لا يتحملها المدين وحده وانما توزع على الطرفين

<u>أولا :</u> سلطة القاضي الجزائرى في تعديل عقد الاذعان مقارنا ببعض التشريعات العربية .

رأينا فيما سبق أن للقاضي أن يعدل الشروط التعسفية أو يعفي الطرف المذعن منها في عقد الاذعان ، وأصل هذه السلطة مبني على نص المادة 110 مدني جزائرى . التي تنص على أنه " اذا تم العقد بطريق الاذعان ، وكان قد تضمن

.../...

شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها ، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ".

ولعل خير شرح لهذه المادة هو ارجاعها الى مصدرها التاريخي وهي المادة 149 مدني مصري التي تنص على أنه " اذا تم العقد بطريق الاذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ".(218) .

ولقد ورد نص المادة 149 مدني مصري في المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري الجديد تحت رقم 217 فقرة أولى كالتالي :

" اذا تم العقد بطريق الاذعان ، وكان الطرف المذعن بقبوله دون مناقشة ما عرض عليه لم يتنبه الى بعض الشروط التعسفية التي تضمنها العقد ، جاز للقاضي أن يجعل ذلك محلا للتقدير ".(219) .

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي " تناول المشروع فيما تقدم بيان الاحوال التي يتم فيها التعاقد بطريق الاذعان (م145) وقد قصد الى التخفيف مما يلازم هذا الضرب من التعاقد من شدة وحرج بالنسبة للعاقد المذعن فأقام لصالحه استثنائين من أحكام القواعد العامة في تفسير العقود .

فالاصل أن الحاجة الى التفسير لا تعرض متى كانت عبارة العقد واضحة بيد أن الحكم يختلف فيما يتعلق بما يدرج في عقود الاذعان من الشروط الجائرة

---

(218) — ولقد جاءت المادة 2/167 مدني عراقي مطابقة لنص المادة 149 مدني مصري وكذا المادة 149 مدني ليبي ، وكذا المادة 2/161 تجاري كويتي والمادة 138 مدني سوداني والمادة 204 مدني أردني مع اختلاف بسيط في الصياغة اذ تنص على أنه " اذا تم العقد بطريق الاذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك .

(219) — ر. مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ح 2 ص291 وما بعدها .

فالالتجاء الى التفسير يتعين بشأنها ولو كانت واضحة العبارة بينه السياق .

فمن واجب القاضي أن يبحث في هذه الحالة ماذا كان العاقد المذعن قد تنبه الى هذه الشروط فاذا استوفى من تنبه هذا العاقد اليها كما لو كان العاقد الآخر قد اعتاد فجعل تلك الشروط مخطوطة باليد في عقد مطبوع ، تحتم عليه امضاء حكمها رعاية لاستقرار المعاملات أما اذا تبين أن العاقد المذعن لم يتنبه الى الشروط الجائرة فعليه أن يستبعدها وينزل على أحكام القواعد العامة .

وفي هذا النطاق الضيق يطبق هذا الاستثناء فلا يبلغ الامر حد استبعاد الشرط الجائر بدعوى أن المذعن قد أكره على قبوله بل أن التوحيد بينهما أمر ينبو به ما ينبغي للتعامل من أسباب الاستقرار ثم ان ما يولى من حماية الى العاقد المذعن ينبغي أن يكون محلا لاحكام تشريعية عامة كما هو الشأن في حالة الاستغلال أو التشريعات الخاصة وبعد مناقشات (220) تمت الموافقة على النص

---

(220) - مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج 2 ص 291 وما بعدها .

" واقترح تعديل النص على الوجه التالي " اذا تم العقد بطريق الاذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو يعفي الطرف المذعن من تنفيذها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " . وأصبح رقم المادة 153 في المشروع النهائي .

وفي مجلس النواب وافق المجلس على المادة دون تعديل تحت نفس الرقم غير أن هذه المادة كانت محل مناقشات في مجلس الشيوخ وبعد تلاوتها في محضر الجلسة الرابعة عشر قال محرم بك (وهو أحد أعضاء لجنة القانون المدني) : (أن هذا النص جديد وليس له مقابل في التقنيات الأجنبية وأنه وضع لمصلحة المتعاقد مع شركات الاحتكار وهو يعطي للقاضي سلطة خاصة في تفسير عقود الاذعان لان شركات الاحتكار في مصر لها وضع خاص بالنسبة للمتعاقدين معها مما استوجب وضع مثل هذا النص " .

فقال سعادة الرئيس ان هناك صورا من عقود الاذعان يعتقد أن المادة لا تحلها وضرب لذلك مثلا بشخص أرسل رسالة تلغرافية الى عميله يطلب ارسال البضاعة بحرا " By trail " فوصلته الرسالة تقول بارسالها بالقطار "By train" خطأ . وكان الفرق في التكاليف عشرات آلاف الجنيهات ولما كانت مصلحة التلفونات والتلغرافات تضع شرطا في عقودها أنها غير مسؤولة عن تعويض ما يقع من ضرر بسبب الخطأ في النقل فهل تسأل المصلحة بالتعويض طبقا للنص أم لا

.../...

بشكله المذكـــــــور .

ويقول الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي " على أن أهم الاحكام التي يستهدف القانون بها حماية الطرف المذعن هو ما جاء في المادة 149 وهذا حكم خطير خص المشرع به عقود الاذعان ، وخول بمقتضاه للقاضي سلطة اجراء التعديل في شروطها التعسفية بل اهدارها اذا اقتضت مصلحة الطرف المذعن هذا الامر وذلك في حين أنه وفقا للقاعدة العامة يقتصر دور القاضي بالنسبة الى العقود على مجـــرد

تابع (220) — رغم وجود مثل هذا الشـرط ".

فرد عليه مجرم بك " أن هذه الفروض تحلها قواعد قانونية أخرى كقواعد انعقاد العقـــد وقواعد المسؤوليـة .

واقترح سعادة العشماوي باشا تعديل المادة بحذف كلمة " وذلك " واضافة عبارة " دون اخلال بحق المذعن في التعويض ان كان له محل " .

ووافقت اللجنة بالاجماع على هذا الاقتراح وبذلك يصبح نص المادة كالاتي :

" اذا تم العقد بطريق الاذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعـدل هذه الشروط أو يعفي الطرف المذعن من تنفيذها وفقا لما تقضي به العدالة دون اخلال بحـق المذعن في التعويض ان كان له محل ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " .

ونجد في محضر الجلسة الخامسة والاربعين ما يلي :

كانت اللجنة قد أدخلت هذه المادة تعديلا باضافة عبارة " دون اخلال بحق المذعن بالتعويض ان كان له محل " لتفيد أن حق المذعن لا يقتصر على طلب التعديل أو الاعفـــاء من الشروط التعسفية بل يتداول التعويض ان كان له محل . المضافة ولذلك وافقت أغلبيـــة اللجنة على رفع الاضافة واستبدال منهـا " بعبارة " من تنفيذها " .

وقد أصر سعادة العشماوي باشا على رأيه وهو أن المادة لا تفيد بصيغتها أن للمذعن الحق في التعويض اذا نفذت الشروط التعسفية وأصبح رقم المادة 149 . وبعد مناقشات المجلس وافق على المادة كما عدلتها اللجنة .

تفسيرها بغية اعمال حكم القانون فيهـا ."(221) .

ويرى الدكتور عبد المنعم البدراوي " أنه لكي يضمن المشرع توفير هذه الحماية للطرف المذعن أضافت المادة (يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك).

فلايجوز الاتفاق على سلب القاضي سلطة تعديل أو الغاء بعض الشروط التي يراها تعسفية ذلك أنه لوكان من الجائز مثل هذا الاتفاق لما تأخر الطرف القوى عن أن يجعله من شروط العقد ولا نعدمت في الواقع الحماية القانونية التي وضعها للطرف المذعن " (222) .

ويقول الدكتور عبد المنعم فرج الصدة بمناسبة هذا النص(149م.مصرى) " يتضمن هذا النص احدى الحالات البارزة في القوانين العربية الحديثة التي أعطيت للقاضي فيها سلطة تعديل العقد ، وهي سلطة تخرج عن حدود مهمته العادية التي تقتصر على التفسير فاذا بان للقاضي أن عقد الاذعان يشتمل على شرط تعسفي كان له بمقتضى هذا النص أن يعدل الشرط بحيث يزيل ما فيه من تعسف بل لـه أن يعفي الطرف المذعن منه اعفاء تاما وليس هناك من حدود لما يراه في هذا الشأن الا ما تقتضيه العدالة .

وبهذا يصبح هذا الحكم أداة فعالة يستطيع بها القاضي أن يحمي الطرف المذعن من الشروط التعسفية التي يفرضها عليه محتكر قانوني أو فعلي وتقدير ما اذا كان الشرط تعسفيا مسألة وقائع يتبين منها القاضي في ضوء الظروف مدى ما في الشرط من جور وشدة ولا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سلب القاضي هذه السلطة اذ أن مثل هذا الاتفاق يكون باطلا لمخالفته النظام العام ولوجاز لتعطلت الحماية التي قصد اليها الشارع من ذلك الحكم ولا يسرى هذا الحكم في القانـون

---

(221)ـ د. عبد الفتاح عبد الباقي . المرجع السابق بند 49 ص100.

(222)ـ د. عبد المنعم البدراوي . النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة في قانون الموجبات والعقود اللبناني والقانون المدني المصرى بند 119.77 وما بعدها .

اللبناني حيث لم يرد فيه نص يقرره " (223) .

و يقول عبد المنعم البدراوى " أما القانون اللبناني فعلى الرغم من نصه على تقسيم العقود الى عقود التراضي وعقود الموافقة (كما يسمي عقد الاذعان) الا أنه لم يتضمن حماية خاصة للطرف المذعن ضمن الاحكام العامة للعقود ، وان كان قد نظم عقد العمل (624 — 656 من قانون الموجبات . و قانون 1946 ، وعقد التأمين في المواد من 950 — 1020 موجبات (224) .

أما القانون الليبي فيتضمن بالاضافة الى نص المادة 149 ليبي الموافقة لنص المادة 110م ج و المادة 149م مصرى نصين آخرين يسرى حكمهما على سائر العقود و مع ذلك نوردهما هنا لما فيهما من الحماية التي يكفلانها للمتعاقد و تتجلى بصفة خاصة بالنسبة الى الطرف المذعن في عقد الاذعان ، وهما المادتان 150، 151 مدني ليبي .

فتنص المادة الاولى على أنه " تسرى على الطرف الآخر شروط العقد العامة التي يضعها أحد المتعاقدين اذا كان على علم بها وقت ابرام العقد أوكان من المفروض أن يعلمها حتى لو أعارها انتباه الشخص العادى .

و على كل حال لا أثر لشروط تفرض على المتعاقد الآخر سقوط المدد و تحديد صلاحية الاعتراض بالدفوع أو بقيود تمس حرية التعاقد في العلاقات مع الغير و تحديد العقد أو تجديده ، ولا أثر كذلك لشروط التملك أو الحد من صلاحية القضاء و ان لم يتم الاتفاق على تحديدها خطيا ".

---

223) — د . عبد المنعم فرج الصدة . نظرية العقد في قوانين البلاد العربية (المرجع السابق) بند 36 .

224) — د . عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ص 121 .

ولا شك أن المشرع الليبي قد تأثر في صياغة هذه المادة ومدلولها بأحكام قضائية استقر عليها القضاء في مصر.

اذ أن هذا القضاء قد لجأ الى وسائل لحماية الطرف المذعن من مثل الشروط الضارة التي نصت عليها المادة حيث كان يقضي بعدم سريان الشرط الذى لم يعلم به الطرف المذعن ولم يكن في امكانه أن يعلم به اثناء التعاقد لان مثل هذا الشرط لم يتم التعاقد عليه، وذلك انطلاقا من القواعد العامة.

لذا يقول الصده " لكن الشارع الليبي لم يكتف بهذا القدر الا بالنسبة الى شروط العقد العامة، أما الشروط الخاصة التي أحصاها النص، وهي شروط يضعها الطرف القوى لمصلحته وتكون ضارة بالطرف الآخر، فلا يكفي لسريانها أن يعلم بها هذا الأخير أو يكون في وسعه أن يعلم بها ولا يكفي فوق ذلك أن ترد مطبوعة في نموذج أعد مقدما بل يجب أن يتم الاتفاق على تحديدها خطيا.

وبذلك يصبح المتعاقد في مأمن من أن يفاجأ عند النزاع بشرط من هذه الشروط يكون ضد مصلحته ولم يحط به عند التعاقد (225).

أما النص الثاني الذى أورده المشرع الليبي (م151) فينص على أنه :

" في العقود المبرمة بالتوقيع على نماذج جاهزة لتوحيد تنظيم علاقات تعاقدية فان الشروط المضافة الى تلك النماذج تتغلب على الشروط الاصلية إذا تنافت معها حتى ولو لم تشطب تلك الشروط المنافية ".

وهو في هذا النص أيضا قد جارى ما استقر عليه القضاء المصرى اذ كان يعني الطرف المذعن من الشرط الذى يتناقض مع آخر يكون أكثر انطباقا على نية المتعاقدين، حيث غلب الشرط المخطوطة على الشروط المطبوعة، وهو ما كان غالبا

---

(225)— د. عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق ص151.

في صالح هذا الطـــــرف .

وغني عن البيان أن المشرع الليبي قد أكد بايراد ها لهذه النص حماية الطرف المذعن بحيث أنه لو وجدت شروط مطبوعة أو معدة مسبقا من قبل الموجب في نماذج ثم أضيفت عليها شروط أخرى تتعارض مع الشروط المطبوعة فالقاضي لا يلتجيء الى التوفيق بينهما بل يجب عليه طبقا للنص أن يأخذ بالشروط المضافة و يهدر الأخرى و لو كانت الشروط المطبوعة لم تشطب .

وبعد أن تعرضنا الى الحماية التشريعية للطرف المذعن في التشريعـــــات المقارنة ، واستخلصنا أن القضاء المصرى كان له دور الرائد في توجيه تلك التشريعات نتعرض الآن الى هذه الحماية القضائية .

ان القاعدة التي سيطرت على أحكام القضاء في تطبيق عقود الاذعان في مصر هـي " أن العقد شريعة المتعاقدين " كما هو الحال بالنسبة الى أى عقد آخـــر فكان الطرف المذعن يؤاخذ بكل شروط العقد اذا علم بها أو كان في امكانه أن يعلم بها وذلك لأن القانون المصرى القديم لم يتعرض الى أحكام خاصة بعقد الاذعان فكان الطرف المذعن يؤخذ بكل الشروط لا فرق بين المخطوطة أو المطبوعة و لا يعفيــــه من ذلك أن يكون الشرط جائرا أو شديدا مادام لا يخالف النظام العام و الآداب.

وقد طبق القضاء هذه القاعدة على عقد العمل فقيـــد المستخدم في هـــذا العقد باحترام لوائح الخدمة التي يخضع لهـــا . (226) .

و طبقها على عقود التأمين بالنسبة الى الشروط المطبوعة (227). بلغة أجنبيـــة لا يعرفها الطرف المذعـــن (228) .

---

(226) — محكمة استئناف الاسكندرية المختلطة في 22 يناير 1919 ،مجموعة التشريع والقضاء المختلط 31 ص134 .

(227) — محكمة استئناف الاسكندرية المختلطة 29 يناير 1890 مجموعة التشريع و القضاء المختلط 2 ص360 و في 11 أفريل 1906 نفس المجموعة 18 ص188 .

(228) — محكمة استئناف الاسكندرية المختلطة في 28 مايو 1936 مجموعة التشريع والقضاء المختلط 43 ص294 .

وطبقها على عقد النقل فقضى بصحة الشرط الذى يعفي الناقل من المسوءولية أو يخفف منها في حالة ضياع البضاعة أو هلاكها أو تلفها سواء في النقل البرى (229)، أو البحرى وذلك في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم .

ويقول عبد المنعم فرج الصدة " على أن مراعاة القضاء للقواعد العامة في هذا الصدد لم تحل بينه وبين أن يتخذ في حدود هذه القواعد من الوسائل القانونية ما يحقق به بعض الحماية للطرف الموءمن " .

ورد هذه الوسائل الى طوائف ثلاث :

1 — فقد كان القضاء يقضي بعدم سريان الشرط الذى لم يعلم به الطرف المذعن ولم يكن في امكانه أن يعلم به عند التعاقد لأن مثل هذا الشرط لم يتم التعاقد عليه ، كما هي الحال بالنسبة الى الشرط الذى يحد من مسوءولية الناقل بالسكك الحديدية عن تلف الأمتعة اذا كان هذا الشرط لم يذكر في تذكرة النقل التي وقع عليها المرسل (230) .

وكان يقضي كذلك بعدم سريان الشرط الذى يراه قاسيا اذا كانت المخالفة التي يترتب عليها سريانه قد وقعت من الطرف المذعن بحسن نية كما هي الحال بالنسبة الى شرط عقد التأمين الذى يقضي بسقوط الحق في التأمين في حالة كتمان الموءمن له بيانات معينة أو اعطائه عنها تقريرات غير صحيحة اذا كان هذا التقرير أو ذلك الكتمان قد وقع من الموءمن له بحسن نية اعتقادا منه أنه يكتم أمرا لا أهمية له أو يقرر طبقا للحقيقة .

وكان يقضي أيضا بعدم سريان الشرط في حالة عدم توفر حكمة الالتزام

(229) — محكمة الاستئناف في 2 مای 1922 — المحاماة 3 . 29 . 12 .
وقد أشار لهذه الاحكام الدكتور عبد المنعم فرج الصدة في مرجعه السابق نظرية العقد في قوانين البلاد العربية بند 35 .

(230) — محكمة استئناف الاسكندرية المختلطة في 21 مايو 1901 مجموعة التشريع والقضاء المختلط 13 ص 317 . (عبد المنعم فرج الصدة المرجع السابق بند 35) .

المفروض على الطرف المذعن وهذا ما يحدث بصفة خاصة في عقد التأمين اذا كان المؤمن له قد أغفل ذكر ظرف لا يغير علم المؤمن به الفكرة التي يكونها عن الخطر.

2 ــ كذلك استخدام القضاء التفسير في صالح الطرف المذعن فيذكر أحد الحكام " أن المقصود بعقود الاذعان العقود التي يملي فيها أحد المتعاقدين على الآخر شروطه كعقود التأمين البحرى والبرى وعقود توريد المياه والنور الى المستهلكين وهذه العقود لم تخرج عن كونها عقودا مطبوعة تضمنت شروطا متشابهة وضعت لجميع العملاء ".

فبعد أن عرفت المحكمة عقد الاذعان أوردت أحكامه فتقول " فاذا وردت في تلك العقود شروط جديدة مكتوبة باليد تناقض الشروط المطبوعة فان الشروط المكتوبة تتغلب على الشروط المطبوعة اذا وجد أنها أكثر انطباقا على نية المتعاقدين.

وفي حالة الشك في تفسير الالتزام يجب تفسير الشك في مصلحة المدين[231] فتفسير غموض الشرط أو الشك فيه يكون في صالح الطرف المذعن لأن تبعه هذا الغموض تقع على عاتق الموجب الذى انفرد بتحرير العقد وكان المجال الخصب لهذه القاعدة هو عقود التأمين.

كما أن هذا الحكم قد أعفى الطرف المذعن من الشرط الذى يتناقض مع آخر يكون أكثر انطباقا على نية المتعاقدين حيث غلب الشروط المخطوطة على الشروط المطبوعة وهو ما كان غالبا في صالح المذعن.

ولم يعتد القضاء بالشرط الذى تنسخه ارادة لاحقة كما اذا اشترط في عقد التأمين أن تدفع الاقساط في محل الشركة ثم تعتاد الشركة بعد ذلك تحصيلها في محل المؤمن له. اذ أن هذا التصرف من جانب الشركة يعتبر نزولا عن الشرط.[232]

(231) ــ محكمة مصر الابتدائية الدائرة التجارية 21 أفريل 1940 دائرة القضاء محمد كامل أمين ملش مصطفى فاضل، مصطفى حسن).

(232) ــ حكم ينسخ الارادة السابقة بالارادة اللاحقة (16 يناير 1928 جازيت 20 رقم 93 ص87).
فقد قضت محكمة مصر الابتدائية المختلطة بأن اعتياد شركة التأمين على أن تقصد المؤمن له في محل اقامته لتستوفي الاقساط يلغي الشرط القاضي بأن الدفع يكون في محل الشركة.

كما قرر القضاء التزامات في صالح الطرف المذعن مع تخفيف عبء الاثبات عنه ، ففيما يتعلق بعقد العمل فرض على رب العمل التزاما قانونيا بأن يتخذ من الاحتياطات وأسباب الوقاية ما يحافظ به على سلامة العمال ، وذلك مع التساهل في اثبات خطأ رب العمل و تقصيره في القيام بهذا الواجب .

و فيما يتعلق بعقد النقل رتب على العقد التزاما بمقتضاه يتضمن الناقل سلامة المسافر ، وبذلك أصبحت مسؤولية الناقل عن اصابة المسافر مسؤولية عقدية ، وليست تقصيرية ، تكفل مركزا ممتازا من حيث الاثبات ، وقد قضي بأنه لا يجوز للمؤمن أن ينازع في سقوط اشتراط عقد التأمين بدعوى أن الاشتراط كان مطبوعا (233) .

وأن الشروط المطبوعة في عقود التأمين لها من قوة الالزام ما للشروط المخطوطة بالنسبة للمؤمن (234) .

كما أبطل القضاء الاعفاء الاتفاقي من المسؤولية (325) كما يفسر الالتزام في مصلحة الطرف المذعن . (236) . وتتشدد المحاكم في اعمال شروط الاسقاط في بوليصة التأمين (237) .

3 — كما التجأ القضاء المصرى أيضا في هذا الخصوص الى فكرتي النظام العام والتعسف في استعمال الحق ، فقضى ببطلان الشرط الذى يعفي من المسؤولية عن هلاك البضاعة أو تلفها أو يقيد منها في حالتي الغش والخطأ الجسيم وذلك سواء في عقد النقل البرى أو البحرى ، وأخذ بفكرة التعسف في استعمال الحق عند مخالفة شرط عقد الايجار الذى يحرم على المستأجر النزول عن الايجار

(233) — استئناف مختلط 15 أفريل 1905 (13 ص 188) ب 18 مجموعة الاعمال التحضيرية ج2 ص 67 .
(234) — استئناف مختلط 29 يناير 1890 (ب2 ص 360) عن مجموعة الاعمال التحضيرية ج2 ص 67 .
(235) — استئناف مختلط في 11 يونيو 1913 م 25 ص 435 .
(236) — استئناف مختلط في 12 أفريل 1922 م 40 ص 295 .
(237) — استئناف مختلط 6 ديسمبر 1944 م 57 ص 18 .

أو التأجير من الباطن فلم يجب المؤجر الى طلب فسخ العقد في هذه الحالة الا اذا كان يستند في ذلك الى سبب مشروع كما أخذ بهذه الفكرة أيضا في حالة فسخ عقد العمل فكان يقضي للعامل بالتعويض اذا كان هذا الفسخ رغم مراعاة مهلة الاخطار فيه لا يستند الى مبرر معقول (238) .

ذلك هو وضع القضاء المصرى و موقفه من أحكام عقد الاذعان و الذى كما سبق أن أشرت قد أثر على التشريعات العربية وعلى التشريع المصرى بصفة خاصة . ولكن بعد أن أرسيت قواعد القانون المدني المصرى قد قررت قواعد قانونية تحكم عقد الاذعان فاننا نجد أن محكمة النقض المصرية قد قررت مجموعة من المبادئ نرى ايراد موجزها من يناير 1956 الى آخر ديسمبر 1960 .

لقد قررت محكمة النقض المبادئ التالية :

1 — الاتفاق على عدم مسؤولية المؤجر عما يصيب المحصول من هلاك بسبب القوة القاهرة اتفاق جائز قانونا و لا مخالفة فيه للنظام العام كما أن عقد الايجار الذى يتضمن هذا الاتفاق لا يعتبر من عقود الاذعان (239) .

2 — الشك بأن قيود البناء الواردة في عقد البيع الصادرين من الشركة المطعون عليها يعتبر من شروط الاذعان التي لا سبيل للمشترى عند توقيعه الى المناقشة فيها . ولا يصح التحدى به لاول مرة أمام محكمة النقض مادام أنه لم يسبق طرحه من قبل أمام محكمة الموضوع (240) .

3 — اذا كان يبين من الاطلاع على الحكم المطعون فيه أن محكمة الاستئناف بعد أن تبين أن الحكم الجنائي الذى قضى بادانة سائق السيارة المؤمن عليها قام على

(238) — عبد المنعم فرج الصدة المرجع السابق بند 85 .

(239) — الطعن رقم 280 س24 ق . جلسة 1953/11/13 مجموعة أحكام النقض المصرية . س9 ص689 .

(240) — الطعن رقم 280س25ق . جلسة 1960/2/25 مجموعة أحكام النقض س11 ص29 .

تحميل تلك السيارة بأكثر من الحمولة المقررة بطنين وبأنها كانت في حالة غير صالحة للعمل من حيث فراملها وعملية قيادتها .

عرضت لما أدت به شركة التأمين الطاعنة في دفاعها من أن هاتين الحالتين لا تدخلان في نطاق التأمين اذ نصت المادة الثانية من وثيقة التأمين على أن التأمين لا يشملهـا .

ولم تأخذ بهذا الدفاع وأسست وجهة نظرها في التقرير بمسؤولية الطاعنة عن دفع مبلغ التأمين على أن ما احتوته وثيقة التأمين من شروط مطبوعة عددت فيهـا الحوادث والاضرار التي تنتفي فيها الطاعنة من المسؤوليـة . بوصل الى القول بأن الشركة قد اعتبرت نفسها في الواقع متحللة من دفع التأمين عن الحوادث التي تقع نتيجة مخالفة القوانين واللوائح عموما ، بما يترتب عليه عدم الاعتداد بهذا الشرط واهداره للقانون ذلك انه وان كان مؤدى ما تنتهي اليه ذلك الحكم هو اعتبار وثيقة التأمين موضوع الخصومة الحالية والتي عقدت في ظل أحكام القانون المدني القديم عقد اذعان ، الا أنه لا يتأدى من ذلك أن يهدر نص المادة الثانية بجميع ما تضمنه من الصور والحالات التي نص فيها على أن التأمين لا يشملها ، ذلك أن ما يسوغ ابطاله في هذه الحالة ، انما يقتصر على الشروط التعسفيـة التي تتناقض مع جوهر العقـد باعتبارها مخالفة للنظام العام ، ولما كان ما ورد بالبندين ثانيا ورابعا من المادة الثانية من العقد من أن التأمين لا يشمل بصفة خاصة ما يقع من الحوادث والاضرار نتيجة لتحميل السيارة بأكثر من حمولتها المقررة رسميا أو نتيجة لعدم الصلاحيـة بها (وهاتان الحالتان هما عماد الحكم الجنائي في ادانة سائق السيارة . المؤمـن عليهـا) .

ولا يعتبر من الشروط القائمة على التعسف والمناقضة لجوهر العقد ولا مخالفة فيهـا للنظام العام بل أن مبناها الشرعية المشروعة في الحد من نطاق المسؤوليـة باستبعاد بعض الصور التي يكون من شأنها جعل الخطر الاشد احتمالا ، فانـه يتعين لذلك اعمال مقتضاها ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالـف

.../...

هذا النظر فانه يكون متعين النقض" (241).

ثانيا : حكم عقد الاذعان في الفقه والقضاء الفرنسي .

يرى بعض الفقهاء في فرنسا أن السبب في ادراج الشروط التعسفية في عقود الاذعان انما يرجع الى الطريقة التي يتم بها تحرير مشروع العقد ، وهي الارادة المنفردة ، وأن العقود النموذجية التي اعتبرناها مصدرا للاذعان قد اعتبرها هؤلاء مصدرا خطيرا للتعسف . وقد ورد في تقرير لغرفة التجارة والصناعة بباريس مايلي "اذ يمكن أن يحدث في العمل ، من خلال ، أن المحرر للعقد الذى سيطبق نموذجه على عدد كبير من المتعاقدين ينتهز الفرصة لادراج شروط تحمي التزاماته الذاتية وتثقل في المقابل المتعاقدين معه "(242).

ويعرض التقرير أمثلة أكثر جريانا في العمل ، فالبائع يحدد ثمن المبيع حسب تعريفه يحددها بمفرده يوم التسليم ، ويحتفظ بامكانية تعديل خصائص الشيء المطلوب دون تخفيض في الثمن كما يعفي نفسه كليا أو جزئيا من الضمانات القانونية أو من ضمانات العيوب الخفية كما أن تاريخ التسليم يحدد على سبيل استكمال البيانات، وتأخيره لا يرتب أية مسؤولية ".

فهذه الشروط التعسفية تطبق غالبا في صورة شروط عامة ، لا يعلم بها المتعاقد أو على الاقل لا يكون مدركا بصورة جدية لآثارها الحقيقية .

كما أن العقود النموذجية لا تطبق في الاتفاقات في أغلب الاحيان الا في شكل مرجع لبعض الوثائق والتي يتطلب العلم بها ، أو على استطرادات من الخلف "
" اذ يصعب في العمل على المتعاقد أن يدرسها قبل أن يلتزم بها

(241) — الطعن رقم 296 ، س 25 ق . جلسة 1960/2/21 س11 ص330 .

(242) — الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك ، ص3 ، من التقرير الذى قدم باسم لجنة التجارة الداخلية من طرف السيد (جبيبارق M. GIBERGUES) والتي صادقت على ملخصاته غرفة التجارة والصناعة بباريس في جلستها بتاريخ 3 أفريل 1976 .

وكذا فان حجم النص وكيفية اظهاره في شكل ينفر القارئ منه وتعقيد تحريره يمكن أن يكون مؤديا الى عيب الغبن في الرضا .

كما أن الفقه قد جارى القضاء فيما يخص تفسير هذه العقود فاعتبر الشروط التعسفية " clauses léonines " من الشروط المخلة بالنظام العام اذ أن أساس بطلانها هو افتراض عدم الثقة وهذا الاخير هو الذى يؤدى الى بطلانها خاصة فيما يتعلق بابرام العقود المهنية (243) اذ لا فعالية للاحتجاج بها و ذلك كالاعفاء الكلي من المسؤولية . وهذا الرأى قد أخذ به أيضا سافاتية (René Savatier). (244) .

وقد أرجع تاندلر " TANDLER " سبب ادراج المؤسسات والوكالات الشروط التعسفية الى عدم تمكن هذه الوكالات من دراسة كل طلب وفحصه وبذلك تدرج شروطا عامة تعفيها من المسؤولية ،لذلك قال عنها بأنها شروط تعسفية موحدة في عقود الاذعان تكون واقية من الاخطاء الجسيمة . (45) .

---

(243) — د . برليوز . عقد الاذعان ط 1973 فقرة 119 .

" L'hypothèse suivant laquelle la confiance est à la base de cette annulation ou inopposabilité des clauses limittant la responsabilité du stipulant ressort nettement de l'analyse des clauses de responsabilité dans les contrats conclus avec les professionnels, les clauses non responsabilité sont interdit, non seulement pour tous les professionnels dont la mission de conseil et d'ordre public. Mais même ailleurs " une clause de non responsabilité pourait incompatible avec la mission de conseil car cette initiative de l'initié supprimerait entierement l'intérêt, pour le profare du conseil conte de sorte que la stipulation d'un prix pour un service qu'il ne rend pas devient léonin cela vaut même en matière commerciale.

(244) — سافاتييه . عقود المجالس المهنية في القانون الخاص . د الوز 1972 ص 133 .

- René Savatier, les contrats de conseils professionnels en droit privé D.1972. Ch P.13

(245) — ملاحظات السيد تاندلر عن حكم صادر لمحكمة ليون في 27 أكتوبر 1971 منشور في اللوز 1972 ص 327 .

Note de M. TANDLER. Lyon 27 oct. 1971.D. 1972. J.P. 327

فيبين التعسف في عقود الاذعان ويقول :

" Les Agences de renseignements reçoivent un nombre toujours croissant de demandes, il leur est de plus en plus difficile de fournir dans chaque cas des renseignements minutieusement verifiés. Elle vont être tentées de multiplier dans leur conditions généra de services de clauses suppriment leur responsabilité."

وفيما يتعلق بتفسير عقد الاذعان فقد ذهب الفقهاء الفرنسيين الى أنه وبصفة خاصة في مسألة التسعيرة الموحدة ، تفسر كما يفسر القانون بالنسبة الى عقود الاذعان وبالتالي فانها تكون تحت رقابة محكمة النقض(246) .

وكذلك يرى بعض الفقهاء (ئاسمان ، ولوسوارون ، وبرودان)

(EISMENN, LOUSSOUARN, ET BREDIN.)

أن الرجوع الى المصطلحات الاصلية يلعب دورا كبيرا في تفسير عقود الاذعان خاصة في العقود التجارية الدولية اذ يستفيد بها رجال الاعمال الذين يبحثون دائما عن وضوح قواعد التعامل .

ويجد القضاة صعوبة في تفسير عقود الاذعان ذلك لأن الموجب في هذه العقود يبحث عن أسلوب عام وموحد ليغطي به حالات كثيرة وهكذا ينشأ عدم التحديد دائما من كثرة المصطلحات المستعملة على حد تعبير بيسون " BESSON "(247)

ولذلك فان تفسير عقد الاذعان يبدو أكثر أصالة وأكثر فنية وهو جد هام للاطلاع على حقيقة الشروط المتضمنة فيه .

غير أن القضاة يجدون صعوبة كبيرة في تفسير هذه العقود .

اذ يجدون أنفسهم في مجال التطبيق أمام مذهبين متناقضين فمرة يحس القاضي بارتباطه بمبادىء النظرية التقليدية للعقد فيحكم بالسلطة الشرعية في التفسير ويحاول علاج القوة الملزمة له (248) .

---

(247) — بيسون . أنظر داللوز تحت عنوان العقد والاتفاق . رقم 101 .

- Besson. repertoire DALLOZ - contrat et convention n° 101.

" l'imprecision nait le plus souvent de la trop grande généralité des termes emplo[yés]

(248) — ملاحظات كافالدا . عن حكم . نقض تجاري . 12 جويلية 1971 . داللوز 1972.2.153 .

- CAVALDA. n . sous cass. comm. 12 Juillet 1971 D. 1972 II P. 153

c - Carbonnier. Droit civil T.IV . (1970.P. 214.

(24[9]) كاربونييه ، القانون المدني الجزء الرابع 1970 ص 214

وأحيانا أخرى يجد فيها القاضي نفسه مضطرا لتجسيد قواعد العقد المجردة على خلاف ما تفترضه عقود المساومة ويحطها نفس درجة القانون وهنا يقع في خلاف مع النظرية التقليدية كما ذهب الى ذلك كاربونييه "CARBONNIER "(249).

أما القانون الفرنسي فلم يأت بنصوص خاصة بعقود الاذعان على الرغم من أن ظهور فكرة الاذعان كان قد سبق اليها الفقهاء الفرنسيين وعلى الرغم من ذلك فان القضاء قد التجأ في تطبيقاته الى أعمال القواعد العامة. ففي تفسير العقد يلتجئ الى نص المادة 1156 مدني فرنسي التي تنص على أنه " يلزم في تفسير العقود الوقوف على القصد المشترك للمتعاقدين (250).

وكذا نص المادة 1143 م. فرنسي التي تقول "أن قصد المتعاقدين المشترك يعتبر بمثابة قانونهما (251).

وهذا ما ذهبت اليه أغلب التشريعات الاجنبية بالاضافة الى اعتبار تفسير العبارة عند عدم وضوحها الى صالح الطرف الصادر ضده (252).

كما أن القضاء مدعو من طرف الفقه الى أن يستعمل قواعد موضوعية في تفسير نصوص القانون المدني وذلك من أجل حماية الطرف المذعن ومن أجل نزاهة تفسير عقود الاذعان ولذلك يقول جونو "Emanuel Gunot": "أنه اذا كانت الارادة غير موجودة أو مشكوك فيها فان على القاضي أن يبحث على غرض المتعاقد "

" Quand la volonté est inexistante ou douteuse, le guge cherche le juste objectif ".

وقد ذهب الى نفس الرأى الفقيه كابيتان "Henri Capitant".

---

(250) — المادة 1146 مدني فرنسي

" On doit dans les conventions rechercher qu"elle a été la commune intention des parties contractants plutôt que de s'arrêter au sens litterales des termes".

(251) — المادة 1134 مدني فرنسي.

" Ce qui est censé volu par les deux parties fait la loi de ces parties".

(252) — أنظر النص المساوى المادة 915 والنص الأسباني المادة 1288 الذين ينصان على أن " ابهام العبارة يفسر ضد من صدرت عنه ". وقد أشارت اليهما المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصرى (الجزء الثاني) (مذكرة المشروع التمهيدى عن الفقرة الثانية من المادة 217).

وقد لاحظ برليوز على المادة 1162 التي تنص على أنه في حالة الشك في الاتفاق يفسر ضد من صدر الشرط عنه لفائدة المتعاقد الملتزم وذلك سواء كان دائنا أو مدينا حسب المفهوم التقليدي للمادة (253) .

ولم يكن هذا النص في الماضي يلعب الدور الذي يجب أن يلعبه في عقود الاذعان أما الآن فقد أصبح يطبق تطبيقا خاصا (254) .

فالمادة 1162 لها صورتان تطبيقيتان ، فعند تطبيقها على عقد التأمين نجدها تنطبق على الدائن الذي هو المؤمن له عندما نريد معرفة الحقوق المنصوص عليها في شرط من شروط العقد .

وفي نفس الوقت قد لاحظ الفقيه برليوز بأنه في عقد العمل فان التطبيق الحرفي للمادة 1162 يكون له نتائج فقط بالنسبة الى الديون المتتالية وللاطراف ويجب أن تفسر بالتتابع . على العكس من مبدأ الحرية التعاقدية ، وخاصة بالنسبة الى دين أجر العامل في مواجهة صاحب العمل . فهذا التطبيق يجعلنا نشك في المبدأ . (255).

---

(253) نقض مدني 12 جانفي 1857 .د . 57 . 1 . 407 ، 3 أفريل 1872 . دالوز 1973 . 1 . 131 ، نقض مدني 1918 . دالوز 21 19 . 1 . 224 .

" cass. req. 12 Janvier 1857. D. 57. 1. 407., 3 av. 1872. D. 73. 1.131 cass. civ. 1918 D. 1921. 1. 224.

- Voir aussi Besson, droit des assurances. P. 58. " bien que normalement le doute s'inte en faveur du debiteur (Art 1162. C. CIV), en l'espèce en feveur de l'assureur lorsqu s'agit de sinistre, la jurisprudence à tendance, sans le dire expréssément, a les inte prèter à l'encontre des assureurs, parcequ'ils sont les rédacteurs des polices".

(254) — سان ريمي ، مراجعة الشروط التعسفية في عقود الاذعان . رسالة باريس 1928 ص 71 . وقد أشار اليها برليوز في المرجع السابق ص 125 .

- De saint remy, la revision des clauses léonines dans les contrats d'adhesion. Thèse Paris 1928.P.71

(255) — برليوز المرجع السابق ص 125 .

" .... on a noté que dans le cas du contrat de travail une application litterale de l'article 1162 aurait pour conséquence que les créances respectives de chacune des parties devraient être interprétées respectivement comme contraires au principe de la liberté et ce notamment pour la créance de salaire de l'employé contre son employeur une telle application faisait douter du principe".

لذلك فانه يجب أن يطبق هذا النص تطبيقا خاصا : فالقاضي يجب عليه أولا أن يستخرج الصفة الاختيارية وذلك من أجل الا يجعل من هذه المادة أداة للتعسف الناتج من التحرير المسبق للعقد (256).

ثم يسعى للمادة 1162 تطبيقا نوعيا فلا يجعل من المذعن دائنا بالتفرقة مابين المدين والدائن وفقا للشرط (257).

وقد طبق القضاء الفرنسي بصورة واسعة الحدود المرسومة للعقد ، وهي النظام العام والآداب وعدم الاساءة أو التعسف في استعمال الحقوق ووقف ضد الاحتكار اذ قضت محكمة دواي بأن في القضية التالية عسفا :

" كانت مصانع الأقمشة في شمال فرنسا تجبر على صباغة أقمشتها في المصانع المحتكرة لهذه المهنة احتكارا فعليا فأنشأ أحد أصحاب هذه المصانع مصبغة في مصنعه ولكنها لم تكن لصباغة جميع أقمشته فالتجأ الى المصانع المحتكرة لصبغ بقية الاقمشة فرفضته معلنة في قرار اتحادها أنها لا تقبل طلبات من يكون لديهم مصانع الا بشروط معينة من المتعذر قبولها ، وكان ذلك بقصد تلافي ما يؤثر على احتكارها .

فحكمت محكمة دواي بأن في ذلك عسفا في استعمال الحق موجبا للمسؤولية (258).

وحكمت محكمة النقض الفرنسية في 19 أفريل 1896 عندما أرادت احدى الشركات القائمة بادارة محل عام (كازينو) في بلدة نيس أن تستعمل حقها المطلق في قبول ورفض من ترى من المترددين حسبما تشاء فقررت هذه المحكمة بأن ليس من أساس لذلك اذ أن الامتياز الذى تختص به هذه الشركة (وهو الاحتكار وعدم وجود محلات أخرى في المنطقة لا يجعل لها الحرية الكاملة في وضع ماتراه مبررا لمنع من

---

(256) — نقض 13 فيفرى 1883 . سيرى 33 . 1 . 466 .

(257) — مدني 10 ماى 1948 . قازيت دى باليه 1948 . 2 . 61 المجلة ربع السنوية للقانون المدني 1948 ص 463 ملاحظات . هنرى وليون مازو .

(258) — دواى . 13 جويلية 1900 سيرى . 1903 . 2 . 293 . (في ذلك . د . حسين عامر ، التعسف في استعمال الحق والغاء العقود ، الطبعة الاولى 1960 ص 172 ، 173 (مطبعة مصر)

يريد ارتياد الكازينو بغير أن يكون لذلك أسباب مقبولة (أي أسباب مشروعة)(259).

غير أن الزام هؤلاء بالتعاقد ليست على اطلاقها بل هي مقيدة بالتعليمات والحدود المرسومة لها، وفقا لما تراه المحاكم من ظروف وملابسات، لما لها من سلطة تقديرية في حل المنازعات المطروحة:

وهي تعتمد في ذلك على معيار المنفعة العامة والغاية الاجتماعية.

فالاشخاص المصابون بأمراض معدية وأولئك السكيرون المعتدون على حرية الاخلاق العامة، أو الاشخاص المثيرون لقلاقل واضطرابات مخلة بالنظام العام، يمكن أن يمنعوا من الركوب في الحافلات ذلك لأن السماح لهم بذلك يتنافى والغاية الاجتماعية التي يهدف اليها الايجاب العام الموجه الى الجمهور في عقد النقل فالتعاقد مع مرافق الاحتكار هذه سواء كانت عامة أم خاصة يجب أن يكون وفقا لما تهدف اليه الغاية الاجتماعية للحق.

هذا واننا نرى أن التمسك بالحرية التي مؤداها الزام التعاقد مع أولئك الأشخاص (الزبناء) يصبح في حد ذاته اعتسافا في حق محتكرى هذه المرافق. وذلك تماشيا مع الاراء الحديثة التي تميل الى تغليب العنصر الاجتماعي في القانون وعلى اعتبار الاعمال القانونية انما تستحق حماية القانون اذا كانت محققة لغرض اجتماعي.

وقد فعلت المحاكم حسنا عندما قررت أن الامتناع عن التعاقد يكون عسفا اذا تعارضت نتائجه مع المصلحة الاجتماعية. وذلك فضلا عما هو مقرر من وجود العسف اذا كان الدافع الى رفض التعاقد مقصود به الاضرار.

اننا ركزنا على عنصر الاحتكار بدل أن نتلفظ بالاذعان، ذلك لأن مفهوم الاحتكار لا يكاد يفارق الاذعان ان لم نقل أنه السبب المباشر له.

---

(259) — نقض. 19 أفريل 1896. دالوز 1896.1.449. انظر في ذلك. د. حسين المرجع السابق، ص 172.

لذلك حكم بمسؤولية شركات الاحتكار التي تمتنع من تلبية حاجيات الافراد بغير أسباب معقولة . فالاحتكار المشروع هو الذى يلبي الحاجيات الاجتماعية بمعنى أن تنفيذه يجب أن يكون بحسن نية .

وأبرز مظهر للحالات التي يغلب فيها المصلحة العامة على المصلحة الخاصة نجده في المنازعات الناشئة عن عقد العمل أو الاستخدام لما يتصل به من أحوال اجتماعية أو اقتصادية أو ميول سياسية .

وكان القضاء الفرنسي . يرى في بادىء الامر أن لااعتبار على من يستخدم عمال منافسيه على أساس أنه انما يستعمل حقا مقررا له في ذلك (260) .

ثم استقر الرأى على مسؤولية من يستخدم عامل أحد منافسيه اذا كان يعلم بالظروف التي تقضي بمنع الاستخدام ، أى اذا كان تصرفه ينم عن سوء نية(261).

ولقد كانت كل المحاولات المقترحة من طرف الفقه والقضاء تستهدف حماية الطرف المذعن وذلك بازالة الشروط التعسفية ،سواء من متن العقد ذاته أو في طريقة انعقاده و نتعرض لهذين الجانبين :

1 — التدخل على مستوى موضوع عقد الاذعان .

ان منع التعسف يمكن أن يستخلص عن طريق التدخل التشريعي وذلك باعمال بعض القواعد أو عن طريق الرقابة القضائية .

أ — تقنين محتوى العقود :

ويمكن أن نلاحظ ذلك في عقود النقل ، وعقود العمل والتأمين . فمثلا يمنع ادخال بعض الشروط بهدف حماية المذعن بأحكام ترجع الى النظام العام

---

(260) — محكمة استئناف باريس 23 ماى 1892 . دالوز 1893. 2. 399.

(261) — حكم محكمة النقض الفرنسية 8 نوفمبر 1904 د اللوز 1906. 1. 489 .

الذى يحد من حرية التعاقـــــد .

فبالنسبة لعقد النقل تدخل المشرع الفرنسي بقانون 17 مارس 1905 الذى أطلق عليه اسم قانون رابيه " RABIER " (262) الذى يحد من الشروط التعسفيـة التي يدرجها الناقل للبضائع بالنسبة لنقل البضائع بريا .(263) .

وفي النقل البحرى هناك تدخلات تشريعية أيضا على المستوى الداخلـي في فرنسا وذلك كالحكم بالبطلان على كل شرط يعفي الناقل البحرى الداخلي مـن المسؤوليـة (264) . وكذا الامر بالنسبة لشرط تحديد المسؤولية في النقـــــل الدولـــي (265) .

وفي مجال النقل الجوى توجد تدخلات قانونية داخلية كالمرسوم الفرنســـي رقم 333 المؤرخ في 30 مارس 1967 . وكذا على المستوى الدولي كمعاهدة فرسوفيا بتاريخ 12 أكتوبر 1929 .

وبخصوص النقل الجوى انضمت الجزائر الى اتفاقية وارسو المبرمة في 12 أكتوبر 1929 والمعدلة في 1955، 1963، 1971، 1975 بموجب الامر رقم 64 — 74 المؤرخ في 2 مارس 1964) .

وكل هذه التشريعات كان الهدف منها حماية المتعاقد وفي نفس الوقـــت المحافظة على تنمية شركات الاحتكـــــار .

وبالنسبة لعقد التأمين فقد أورد المشرع الجزائرى بعض أحكامه في القانون

(262) — هنرى .وليون .جون .مازو .مدروس في القانون المدني الجزء الثاني الطبعة الرابعة (الالتزامات النظرية العامة) بند 637 ص 651 .

(263) — انظر معاهدة جنيف 19 ماى 1956 (المادة 29) والمادة (41) . وقد انضمت الجزائر الى هذه المعاهدة التي تدعى (C.M.R.).

Convention internationale pour le transport routiers des marchandises.

ر . في هذا الموضوع ، مطبوعة الدكتور القريشي السابق الاشارة اليها . ص4 .

(264) — المادة 29 من القانون رقم 420 المؤرخ في 28 جوان 1966 .

(265) — انظر معاهدة بروكسل التي أشرنا اليها سابقا المؤرخة في 25 أوت 1924 المادة 3 فقرة 8 .

المدني الفصل الثالث من الباب العاشر من المادة 619 الى 643 (266) ثم خصه بالقانون رقم 80 ــ 07 المؤرخ في 9 أوت 1980 .

ولحماية المتضمنين في القطاع الخاص أصدر القانون رقم 81 ــ 07 المؤرخ في 27 يونيو 1981 المتعلق بالتمهين .

ب ــ الرقابة القضائية :

ان القانون يستطيع أن يعطي للقاضي سلطة الرقابة والمراجعة وهو الحل الاكثر ملاءمة لعقد الاذعان . فالقضاء يتدخل لتفسير أو تطبيق الاحكام التشريعية للنظام العام . وذلك طبقا للقواعد العامة للقانون . ولكن من الممكن أن يعطي القانون للقاضي سلطة خاصة في تفسير وتحديد الشروط التعسفية كما هو الحال مثلا في فرنسا ، فان قانون 9 جويلية 1975 يخول للقاضي مراجعة الشرط الجزائي الناتج عن العقد . وكما هو الحال في التقنين المدني الجزائرى المادة 184 التي تنص على أنه " لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا اذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضـــرر . ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض اذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الاصلي قد نفذ في جزء منه ويكون باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه " .

فالشرط الجزائي اذا كان مغالى فيه كشرط في العقد ، واذا تعسف الدائن في التمسك به فانه يعتبر شرطا تعسفيا من شروط عقد الاذعان اذا كان قد ورد في عقد من عقود الاذعان وبالتالي فان للقاضي الجزائرى مكنتين باعمال أحكام المادة 184 م.ج ، أو المادة 110 م.ج المتعلقة بعقد الاذعان . وهو ما يفتقده القاضي الفرنسي .

---

(266) ــ الامر رقم 75 ــ 85 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجريدة الرسمية العدد 78 / 1975 .

و يمكن أن تكون الرقابة القضائية على عقود الاذعان بطريقة غير مباشرة أي عن طريق تفسير العقد بتفسيرا ماهرا (267) (Interpretation Ingenieuse) أو تفسيرا تكميليا (268) (Interpretatation Complétive) أو تفسيرا وظيفيا " Fonctionnelle "

و عن طريق التفسير يمكن للقاضي أن يستبعد بعض الشروط و ذلك باعمال الارادة الضمنية للمتعاقدين ، وبصورة أكثر وضوحا يمكن اعمال الاحكام التقليديـــة، كالعدالة ، والغبن ، و السبب ، و الآداب التجارية (270) .

و مهما كانت أساسيات الرقابة القضائية فانه يخشى أن تتهم هي ذاتهـــا بالتعسف و ذلك لغياب قواعد قانونية صريحة يرتكز عليها القاضي فدور القاضـــي في ظل التشريع الفرنسي الحالي يبقى دائما محدودا كما هو الحال بالنسبة لبعض الشروط التي تطبق غالبا في العقود النموذجية ،التي هي مصدرا من مصادر عقـــد الاذعان ، ولذلك تبقى كما ذكرت مطبقة في أغلب الاوضاع ،لهذا فان هذا الـدور التصحيحي (Corrective) يجب أن يتجه الى أصل الشروط التعسفية أي الـــى تحرير العقد بصورة نمطيـــة .

ولعل المشرع الجزائري و بعض التشريعات العربية الأخرى بمجاراتـــه للقانون المدني المصـرى قد فاق التشريع الفرنسي في هذا المجال بحيث أعطـــى للقاضي حصانة قانونية و ذلك بتمكينـه صراحة في نص المادة 110م.ج بأن يتدخـــل لتعديل الشروط التي يراها تعسفية في عقد الاذعان ، أو باعفاء الطرف المذعن منها .

2 ـ التدخل على مستوى تكوين عقد الاذعان .

ان الهدف الاساسي من هذا التدخل هو محاولة استبعاد تحرير العقد

---

(267) ـ برليوز ، المرجع السابق ص 131 .

(268) ـ برليوز ، المرجع السابق ص 134 .

(269) ـ برليوز ، المرجع السابق ص 137 .

(270) ـ بالنسبة للقانون الفرنسي . أنظر ملاحظات . كورني عن حكم المحكمة التجارية باريس 14 أفريل 1972 . المنشور في قازيت دى باليه 8 ـ 9 نوفمبر 1972) و نشرت هذه الملاحظات في المجلة ربع السنوية للقانون المدني 1973 ص 145 .

بارادة منفردة ، وهذا لا يتسنى الا باعطاء الرابطة الارادية التعاقدية مفهومها الصحيح ،أو بتمكين المفاوضات الجماعية في العقود النموذجية .

أ — اعطاء فعالية الرابطة التعاقدية .

لا تكون الرابطة التعاقدية صحيحة منتجة لآثارها القانونية الا اذا كانت بناء على ارادتين متطابقتين ، بمعنى تزويد الطرف المذعن بالمعلومات الكافية قبل التعاقد كي يتمكن من معرفة الشروط والظروف الحقيقية التي سيتم انضمامه اليها وبذلك يكون حرا والضمامه يكون بارادة حرة واعية ، وبالتالي فان القاضي يمكن أن يتوسع في استعمال عيوب الارادة كسبب للبطلان بناء على الغلط أو الاكراه ولكن بصورة لا تبعد القاضي عن التفسير العام لاحكام العقود لذلك يمكن اقتصارها على بعض أنواع العقود كما هو الحال بالنسبة لبعض عقود البيع التي تدخل تحت طائفة عقد الاذعان ،اذ يمكن فرض اعلام محدد لمثل هذه العقود كما أنه يمكن علاج ذلك بفرض بعض الاجراءات التي من شأنها أن تزود الطرف المذعن بالمعلومات كاعطاء مهل للتفكير قبل انعقاد العقد نهائيا .

ب — المفاوضات الجماعية في العقود النموذجية .

يقول الدكتور السنهوري (أن عقد الاذعان عقد حقيقي يتم بتوافق ارادتين ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود . ومهما قيل من أن أحد المتعاقدين ضعيف أمام الآخر فان هذه ظاهرة اقتصادية لا ظاهرة قانونية ، وعلاج الامر لا يكون بانكار صفة العقد على عقد حقيقي ، ولا بتمكين القاضي من تفسير هذا العقد كما يشاء بدعوى حماية الضعيف فتضطرب المعاملات وتفقد استقرارها بل أن العلاج الناجع هو تقوية الجانب الضعيف حتى لا يستغله الجانب القوى . ويكون ذلك باحدى وسيلتين أوهما معا : الاولى وسيلة اقتصادية فيجتمع المستهلكون

.../...

و يتعاونون على مقاومة التعسف من جانب المحتكر ، والثانية وسيلة تشريعية فيتدخل المشرع — لا القاضي — ليظم عقود الاذعان (271) .

و فعلا فانه في عقود العمل الجماعية نرى أن الاتفاقات الجماعية تحدد بصورة واسعة محتوى العقود الفردية ، وذلك بالمفاوضة مابين أرباب الاعمال والهيئات الممثلة أو النقابات التي لها حق التمثيل .

لذلك يمكن أن نتصور تعميم هذه المفاوضات الجماعية حتى بالنسبة الى الجمعيات الاستهلاكية فيما يخص الشروط العامة للعقود التي يبرمها المستهلك مع امكانية مراجعة تلك الشروط من حين لآخر و هذا ما نادى به الفقهاء في فرنسا(272).

هذا و اننا نرى أن نجاعة هذا الاسلوب يكمن في مدى التمثيل الصحيح الذى يكون عليه الاعضاء الممثلين غير أن هذا التمثيل خاصة في البلدان الرأسمالية يكون دون مستوى طموحات العمال التي تتزايد مطالبهم يوما بعد يوم وقد اعترف بهذا النقص صراحة من طرف بعض الفقهاء بالنسبة لبعض القطاعات على الاقل في بلد كفرنسا(273) .

و هكذا فان ما خوله القانون المدني من سلطة تقديرية للقضاء في ازالة الشروط التعسفية أو التخفيف منها لهو خروج عن مبدأ القوة الملزمة للعقد الذى له ما يبرره في عقد الاذعان كما هو الحال بالنسبة لنظرية الظروف الطارئة و الشرط الجزائي المغالى فيه و الذى يصبح مرهقا للمدين و المهلة القضائية ، ذلك لان عقد الاذعان هو وسيلة لتنفيذ برامج الخطة الاقتصادية في البلدان الاشتراكية سواء على المستوى

---

(271) — د . السنهوري . مصادر الحق في الفقه الاسلامي الجزء الثاني الطبعة الثالثة 1967 ص76 .

(272) — انظر في القانون الفرنسي . ريج . العقد النموذجي وعقد الاذعان ص112 بند 14 .
وبيهل . نحو قانون استهلاكي . غازيت دى باليه . 1974 . 2 . ص767 .
V.Endroit Français. A.Reig. Contrat type et contrat d'adhenoir P.112. .°14.L. Bihel, vers un droit de consommation . Gaz. pal 1974.2. doctr .p.767

(273) — جاك قستان المرجع السابق ص60 .

"L'exemple des conventions collectives de travail montre d'ailleurs que leur efficacité ne depend pas nécessairement de la connaissance des benificiaires.
L'objection la plus serieuses tient au manque actuelle de représentatinité au moins en france des associations de consommateurs. Mais il semble que la négociation collective soit justement l'un des moyens d'accroitre leur audieuce".

الداخلي أو الدولـي ، فهو الاداة القانونية الاكثر ملاءمة لتحريك المنشآت وما تهدف اليه من بناء للاقتصاد الوطني والذي يرجع في النهاية بالفائدة على المجتمع ضمـن الملكية الجماعية لوسائل الانتاج بينما يكون أداة لتنفيذ أغراض وبرامج أنانية تسطرهـا المنشآت الاحتكارية والشركات المتعددة الجنسية في البلدان الرأسمالية لتحقيق أكبـر ربح وابـتزاز أموال الافراد واستغلالهـم .

هذا وانه نظرا لاتساع مجال هذه الفئة من العقود من حيث تطبيقها فان كل عقد من العقود الداخلة في هذه التركيب ينطبق عليه القانون أو الاعراف الخاصة به ذلك أن عقد الاذعان لا يمكن أن يحضى بنظام خاص يجمع تلك العقود كلهـا تحت نصوص واحدة وان كان في الامكان أن يحضى بنظام يجمع صفاة مشتركة تطبق عليهـا جميعا القواعد العامة التي قررها القانون المدني لهذا العقد كما هو الحال بالنسبـة لتفسيـره .

ولقد خصت البلدان الاشتراكية عقد الاذعان بما وفرته من تشريعات وقوانين تنظم معظم العقود التي يمكن أن تدرج في فئة عقد الاذعان . وهذا التدخل التشريعي ليس معناه القضاء على مبدأ سلطان الارادة بل هو تحول في مبناه من مبدأ حريـة الارادة الفردية الى مبدأ سلطان الارادة الجماعيـة .

ومن هنا فان عقد الاذعان يطبق ضمن منظور جماعي وتحت ظل قوانيـن حمائية تحمي الاطراف الضعيفة في العقد ولا أدل على ذلك من القوانين الخاصـة بالتأمين والتشريعات العماليـة .

ومع أن القيود الواردة على مبدأ سلطان الارادة قد دخلت في تشريعـات جميع الدول خلال هذا القرن الا أن صورة التدخل ونوع الحماية يختلف من بلـد الى آخر وفقا للنظام الاقتصادى والسياسي والاجتماعي الذى ينتهجه كل بلد ، لـذا نلاحظ اتساع مجال تدخل القوانين في البلدان الاشتراكية بصورة توفر حماية أكثـر من البلدان الرأسماليـة .

.../...

ثالثا : حكم عقد الاذعان في الفقه الاسلامي .

يقول الاستاذ الدكتور السنهوري في مؤلفه مصادر الحق في الفقه الاسلامي تحت عنوان عقد الاذعان في الفقه الاسلامي . (لا ننتظر أن نجد في الفقه الاسلامي ماتراه في الفقه الغربي الحديث في صدد عقد الاذعان .

فان النظم الاقتصادية قد تطورت تطورا كبيرا ، وأصبحنا في النظم الاقتصادية الحاضرة نعرف شركات الاحتكار للمرافق العامة وللسلع الضرورية ، ونعرف منها شركات الغاز والنور والكهرباء والمواصلات والنقل والتأمين والمصانع الكبرى التي تحتكر العمل والعمال وغير ذلك . ثم لا ننسى أن فكرة عقد الاذعان في الفقه الغربي لم تنبثق الا منذ عهد قريب .

ولكن الجوهري في كل ذلك هو ، كما قدمنا ، الا يحتكر الشخص سلعة ضرورية فيغلي من سعرها ويبيعها للناس على ما يريد فتذعن الناس لارادته ، وترضخ للسعر الذي يفرضه لحاجتها الشديدة الى هذه السلعة ، وذلك أيا كان النظام الاقتصادي القائم .

وفي النظم الاقتصادية التي كانت قائمة وقت تكون الفقه الاسلامي لم يقتصر فقهاء المسلمين في وضع الأسس العامة التي تمنع الاحتكار ، وتضرب على أيدي المحتكرين ، وتدفع الضرر عن الناس من جراء ما ندعوه الآن في الفقه الغربي بعقود الاذعان(273).

وقد كره الفقه الاسلامي — في مختلف مذاهبه — الاحتكار بوجه عام ، ثم تعقبه في صورتين من صوره التي كانت مألوفة وقت :

في بيع متلقي السلع وفي بيع الحاضر للبادي فتورد النصوص والاحكام في هذه المسائل الثلاث .

---

(273) — د . السنهوري . مصادر الحق في الفقه الاسلامي . الجزء الثاني . الطبعة الثالثة 1967 ص 77 . الصادر عن معهد البحوث والدراسات العربية جامعة الدول العربية .

(274) — نقلا عن الدكتور السنهوري المرجع السابق ص 77 ، 78 .

1 — الاحتكـــار .

يقول الدكتور السنهوري جاء في الفتاوى الهندية (جزء 3ص213 — 214) في مذهب الحنفية . " الاحتكار مكروه ، وذلك أن يشترى طعاما في مصر و يمتنع من بيعه وذلك يضر بالناس،كذا في الحاو ، وان اشترى في ذلك المصر وحبسه ، ولا يضـــر بأهل المصر ، لابأس به ،كذا في التتارخانية ناقلا عن التجنيس .

واذا اشترى من مكان قريب من المصر فحمل طعاما الى المصر وحبســـه وذلك يضر بأ ^اه فهو مكروه ، هذا قول محمد رحمه الله تعالى وهو احدى الراويتين عن أبي يوسف رحمه الله تعالى وهو المختار ،هكذا في الغياثية ، وان اشترى طعاما في مصـــر وجلبه الى مصر آخر واحتكر فيـــه فانه لا يكـــره ،هكذا في المحيط وكذلك لو زرع أرضه وأدخر طعامه فليس بمحتكر ،كذا في الحاوى ولكن الافضل أن يبيـــع ما فضل عن حاجتـــه اذا اشتدت حاجة الناس اليـــه) (275).

وتخلص مما نقلناه عن الدكتور السنهوري أن حكم الاحتكار في الفقـــه يرقى الى درجة المكروه ،وهو ما يأثم الانسان على فعله ولا يعاقب على تركه ،وكذا فان الاحتكار معياره الاضرار بالناس،وقد جاء في الحديث النبوي الشريف :لا ضـــرر ولا ضرار ،فمتى احتكر الشخص طعاما أوسلعة وكان ذلك الاحتكار يضر بأهـــل البلدة التي يقطنها كان ذلك مكروهـــا .

أما اذا كان الاحتكار لسد حاجته أو حاجة أهله دون زيادة فلا يعـــد محتكرا ، وأما التربص باحتكار السلعة الى حين غلائها فمكروه ويمنع على بائعهـــا أن يستغل ظرف الحاجة ويبيعها بتسعيرة لا يتغابن الناس في مثلها ،فانـــه ينهى عن الاحتكار مرتين ثم يعزر بالحبس في المرة الثالثـــة .

---

(275) — الاستاذ السنهوري . نفس المرجع ص 73 .

أما في الفقه المالكي فقد جاء في المدونة الكبرى (جزء 10ص1234) :

أن المالكية يمنعون الاحتكار ،" قال وسمعت مالكا يقول الحكرة في كل شيء في السوق من الطعام والزيت والكتان وجميع الاشياء والصوف وكل ما أضر بالسوق ... قال مالك يمنع من يحتكره .... قال فان كان ذلك لا يضر بالسوق قال مالك فلا بأس بذلك) (276) .

ومن هنا نرى أن المالكية أيضا يأخذون بمعيار الضرر في الاحتكار غير أن الحكم يختلف عن الحنفية اذ أن عندهم المنع ، والمنع هو التحريم فيعاقب المرء على فعله ويثاب على تركه ، ويشير الامام مالك الى السلع الضرورية كالطعام والزيت والكتان وهي لا غنى عنها بالنسبة لكل فرد . مادام احتكارها يؤدى الى الضرر فهو ممنوع .

وعند الشافعية الاحتكار حرام ؛ وقيل مكروه ؛ والاحتكار عندهم في الطعام دون غيره : ويكون اذا ابتاع في وقت الغلاء وأمسك ليزداد الثمن أما اذا ابتاع في وقت الرخص أو جاءه من ضيعته طعام فأمسكه ليبيعه اذ اغلا فلا يحرم ذلك لأنه في معنى الجالب .

جاء في المهذب (جزء أول ص292) : " ويحرم الاحتكار في الاقوات ، وهو أن يبتاع في وقت الغلاء ويمسكه ليزداد في ثمنه . ومن أصحابنا من قال يكره ولا يحرم وليس بشيء ، لما روى عمر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم . الجالب مرزوق والمحتكر ملعون . وروى معمر العدوى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يحتكر الا خاطيء ، قول على أنه حرام ". (277) .

---

(276) — نقلا عن الدكتور السنهوري المرجع السابق ص79 .

(277) — د . السنهوري ،المرجع السابق ص80.

والحنابلة كالشافعية يحرمون الاحتكار ويجعلونه في الطعام دون غيره ويميزون بين الجالب والمحتكر ويقيدون الاحتكار المحرم بشروط ثلاثة :

1 — أن يكون المحتكر قد اشترى الطعام ليحتكره .

2 — أن يكون ما اشتراه قوتا للانسان .

3 — أن يضيق على الناس بشرائه .

2 — بيع متلقي السلع :

أو الجلب أو الركبان وهذا البيع صورة من صور الاحتكار قال فيه صاحب البدائع (جزء 5 ص232) : " ومنها (أي مما يكره من البياعات) بيع متلقي السلع واختلف في تفسيره . قال بعضهم هو أن يسمع واحد خبر قدوم قافلة بميرة عظيمة فيتلقاهم الرجل ويشترى جميع ما معهم من الميرة ، ويدخل المصر فيبيع ما يشاء من الثمن . وهذا الشراء مكروه لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال " لا تتلقوا السلع حتى تهبط الاسواق " ، سواء تضرر به أهل البلد بأن كان أهله في جدب وقحط . فان كان لا يضرهم فلابأس — وقال بعضهم تفسيره هو أن يتلقاهم فيشترى منهم بأرخص من سعر البلد ، وهم لا يعلمون سعر البلد وهذا أيضا مكروه ، سواء تضرر به أهل البلد أم لا لانه غرهم والشراء جائز في الصورتين جميعا لأن البيع مشروع في ذاته ، والنهي في غيره ، وهو الاضرار بالعامة على التفسير الاول وتغرير أصحاب السلع على التفسير الثاني ". (273) .

فبيع متلقي السلع هو صورة من صور الاحتكار المبنية على الاضرار بالمصلحة العامة ومصلحة الافراد على السواء ، ومن هنا نستنتج أن الفقه الاسلامي يهدف الى التكافل والتضامن الاجتماعي ويمقت الاستغلال لعدم العلم بالسعر

---

(273) — د . عبد الرزاق أحمد السنهوري . المرجع السابق . ص33 .

الحقيقي أو التحرية . ومن ثم فهو يهدف الى الموازنة مابين مصلحة الجماعة فلا ضرر ولا ضرار .

3 — بيع الحاضر للبادى :

ويقصد ببيع الحاضر للبادى أن يكون لرجل طعام وعلف لا يبيعهما الا لأهل البادية بثمن غال ، لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال " لا يبيع حاضر لباد ، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض " .

ومعنى هذا الحديث أن الرزق يجب أن يوزع فيستفاد منه أهل الحضر وأهل البوادى فلا يضر أهل الحضر من جراء هذا الاحتكار لذلك فان كانوا في سعة وخصب فلا بأس لانعدام الضرر .

كما أن الفقه الاسلامي يمنع المضاربات في الاسعار كأن يتقدم سمسار ويقول لصاحب السلعة لا تبع حتى أبيع لك قليلا قليلا وأزيد في ثمنها .

وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال " يسروا ولا تعسروا " وفي المضاربة تعسير على الناس .

" ويخلص من ذلك أن بيع الحاضر للبادى ينطوى على ضرب من الاحتكار اذ البادى يريد البيع بالرخص أو بسعر السوق . فيمسك السمسار السلعة ولا يعرضها في السوق جملة واحدة بل يحبسها عن الناس وهم في حاجة اليها . فيقل العرض ويشتد الطلب وعلى وجه لا يخلو من الاصطناع والتمويه لاستغلال حاجة الناس فيبيع السمسار السلعة على ما يريده من ثمن . وحكم هذا البيع بين أن يكون صحيحا مكروها . أو باطلا لا أثر له على خلاف ماتقدم بيانه . " (279) .

---

(279) — د . السنهورى . المرجع السابق ص 86 .

الفصل الثانـي : انقضاء عقد الاذعـان .

و نتطرق في هذا الفصل الى الطرق العامة لانقضاء العقود في مبحث أول وفي مبحث ثان الى طرق انقضاء العقود التي تدخل في فئة عقد الاذعـان .

وذلك لان عقد الاذعان في الحقيقة لا يختلف عن سائر العقود من حيـث الانقضاء وانما الاختلاف يبرز في طريقة انعقاده وفي تفسيره كما سبق أن أشرنـا .

المبحث الاول : الطرق العامة للانقضاء .

ينقضي العقد بتنفيذ الالتزامات التي ينشئها ،[280] وهذا هو مصيـره المألوف ولكنـه قد يزول قبل تمام تنفيذه ، أو قبل البدء في تنفيذه فينحل ،فالفرق اذا بين انحلال العقد وانقضائه أن الانحلال يكون قبل أن ينفذ العقد أو قبـل أن يتم تنفيذه ،أما الانقضاء قد يكون عند تمام التنفيذ وقد يكون دون تنفيذ (281) .

وانحلال العقد غير ابطاله ،ومع أن كلاهما زوال "   " للعقد ، ولكن الانحلال يرد على عقد ولد صحيحا ثم ينحل بأثر رجعي ودون أثر رجعي .

أما الابطال فيرد على عقد ولد غير صحيح ثم يبطل بأثر رجعي في جميـع الاحوال والعقد في حالة الابطال . وفي حالة الانحلال بأثر رجعي لا يزول فحسـب بل يعتبـر كأن لم يكـن .

ونرى الآن حالات انقضاء العقد بصورة موجزة :

---

(280) — مازو ،المرجع السابق ص 958 .

MAZEAUS le droit civil P. 958

" Les causes d'extinction " STRICTO. SENSU" des obligations : l'extinction, le paiement est le mode normal d'extinction de l'obligation : celle ci disparait par son accomplissement le créancier cesse d'être créancier, parcequ'il a obtenu du debiteur la prestation à laquelle celle ci était tenu " .

(281) — الاستاذ السنهوري . الوسيط في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام) جـ 1 ص 689 .

تنشأ عن كل عقد التزامات متبادلة ما بين أطرافه تتميز تلك الالتزامات بكونها موقتة و بالتالي لابد أن تنقضي بانقضاء الالتزام أي بتنفيذ العقد و هو ما يسمى بالوفاء .

و قد ينقضي بما يعادل الوفاء و يشمل :

1 — الوفاء بمقابل ، ويسمى في القانون اللبناني بأداء العوض .

2 — التجديد و هو انشاء التزام جديد محل الالتزام القديم الذى ينقضي .

3 — المقاصة و هي انقضاء الدين الموجود من حق مقابل له للمدين في ذمة الدائن .

4 — اتحاد الذمة و هو انقضاء الدين باجتماع صفتي الدائن و المدين في شخص واحد .

و قد ينقضي الالتزام دونما وفاء و يشمل :

1 — الابراء .

2 — استحالة التنفيذ لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه .

و قد أورد المشرع الجزائرى حالات الانقضاء في المواد من 258 الى 322 م ج .

و اذا كانت تلك هي الطرق العامة التي ينقضي بها أى التزام فان الكلام عن انقضاء عقد الاذعان ، انما يرتبط ارتباطا وثيقا باسم العقد و طبيعته وذلك لأن الاذعان فئة من العقود جد واسعة اذ تكاد قائمتها تغطي كل تصرفات الحياة اليومية .

و عليه فان كان العقد عقد عمل فتطبق عليه قواعد انقضاء عقد العمل سواء كان فرديا أو جماعيا ، و ان كان العقد من عقود النقل فتطبق عليه أيضا أحكام انقضاء عقود النقل وكذا الامر اذا كان عقد تأمين فتطبق عليه أحكام هذا العقد .

ان القانون المدني الجزائرى و القانون المدني المصرى قد جمعا الفسخ و الانفساخ و الدفع بعدم التنفيذ تحت عنوان انحلال العقد في المواد من 119 الى 122 مدني جزائرى و المواد من 157 الى 161 مدني مصرى ، فلنبين هذه المصطلحات بايجاز .

.../...

1 _ فسخ العقد : هو حق العاقد في العقد التبادلي (الملزم للجانبين) في أن يطلب حل العقد ليتخلص بدوره من التزامه متى تخلف الآخر عن التنفيذ فيترتب على الفسخ زوال العقد بأثر رجعي . (232) .

و يؤسس الفسخ في كل من القانون الجزائري و المصرى على نظرية السبب و للفسخ ثلاثة شروط :

أ _ أن يكون العقد تبادليا حيث تتقابل فيه التزامات الطرفين .

ب _ أن يتخلف أحد الطرفين في العقد عن تنفيذ التزامه دون أن يكون سبب التنفيذ راجعا الى سبب أجنبي .

ج _ أن يكون طالب الفسخ قد نفذ التزامه أو هو مستعد لتنفيذه .

و يتقرر الفسخ اما بحكم القضاء أو بالاتفاق ، و يترتب على الفسخ زوال العقد بأثر رجعي سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير . فالفسخ كالبطلان يجاوز أثره العاقدين الى الغير ، ومع ذلك فانه يوجد فرق بين البطلان و الفسخ و يقول الاستاذ السنهورى في هذا الموضوع (الفرق بين البطلان و الفسخ أن البطلان يرجع الى عيب في ركن من أركان العقد ، أما الفسخ فأركان العقد سليمة مستوفية لشروطها فينشأ العقد صحيحا ثم لا ينفذ أحد العاقدين التزامه فيفسخ العقد أو ينفسخ بأثر رجعي ، فيستند أثر الفسخ الى وقت نشوء العقد و لذلك لا يكون الفسخ الا للعقد الملزم للجانبين . ففي كل عقد ملزم للجانبين كالبيع و الايجار ماذا لم يقم أحد العاقدين بتنفيذ التزامه ، فلم يسلم البائع مثلا المبيع أو لم يسلم المؤجر العين المؤجرة كان للعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد فاذا حكم القاضي بالفسخ تحلل العاقد الآخر من التزامه ، المشترى من دفع الثمن و المستأجر من دفع الأجرة . ولابد في

---

(232) _ د . محمد حسنين . الوجيز في نظرية الالتزام (مصادر الالتزامات و أحكامها) في القانون المدني الجزائرى مطبوعة لطلبة السنة الثانية 1981 : 1982 . ص 108 . معهد الحقوق بالجزائر

فسخ العقد من صدور حكم به ، فالحكم منشئ للفسخ ويكون للقاضي سلطة تقديرية في الحكم بالفسخ فقد يرى الا يحكم به ، وأن يعطي العاقد المتأخر مهلة لتنفيذ التزامه أما العقد القابل للابطال فيبطل هو أيضا بحكم القاضي ،فالحكم منشئ للابطال ،ولكن ليس للقاضي سلطة تقديرية في ابطال العقد ،بل لابد أن يقضي بالابطال متى طلب العاقد ذو المصلحة ذلك ". (233).

2 — انفساخ العقد .

هو حل الرابطة العقدية بسبب استحالة تنفيذ الالتزام لسبب أجنبي لا يد للمدين في وقوعه ،كمن يشترى بضاعة ويستحيل على البائع تسليمها له نتيجة حريق اندلع بالمخزن الذى توجد به ،لايد للبائع في وقوعه ،ومن ثم تزول الالتزامات المقابلة على العاقد الآخر بقوة القانون (234).

ويقول الاستاذ السنهورى " وينفسخ العقد أيضا من تلقاء نفسه بحكم القانون اذا أصبح تنفيذ التزام أحد العاقدين مستحيلا بسبب أجنبي فعند ذلك يسقط هذا الالتزام لاستحالة تنفيذه ويسقط الالتزام المقابل لارتباطه بالالتزام الأول فينحل العقد من هذا الطريق ،ويعتبر منفسخا دون حاجة الى حكم الا للكشف عن أن العقد قد انفسخ لا لانشاء هذا الفسخ ". (235).

ولكي نكون بصدد انفساخ العقد لابد من توافر الشروط التالية :-

أ — يجب أن تنشأ الاستحالة في التنفيذ بعد قيام العقد ،فان كانت قبله أو عند ابرامه فان العقد يكون باطلا لاستحالة محله .

---

(233) — د . السنهورى : مصادر في الفقه الاسلامي ط 2 1967 . الجزء الرابع ص96 .

(234) — د . بدر جاسم اليعقوب . المرجع السابق ص 313 ،314 .

(235) — د . السنهورى . مصادر الحق في الفقه الاسلامى .ط2، 1967 الجزء الرابع ص96 .

ب - أن تكون هناك استحالة في التنفيذ ، فإن كانت الاستحالة كلية انقضى التزام المدين بسببها وإن كانت جزئية فإن العقد لا ينفسخ بقوة القانون وإنما يكون للدائن الخيار بين أن يتمسك بالعقد فيما بقي ممكن تنفيذه أو أن يطلب فسخ العقد كليـــــة .

ج - يجب أخيرا أن تكون الاستحالة في التنفيذ راجعـــة الى سبب أجنبي لا يد المدين في حدوثـــه .

المبحث الثاني : انقضاء بعض عقود الاذعان .

نبين في هذا المبحث انقضاء بعض عقود الاذعان . ونتناول أبرز عقد من عقود الاذعان وهو عقد التأمين . ثم بايجاز عقد العمل البحري .

أولا : انتهاء عقد التأميـن :

ينتهي عقد التأمين اما بانقضاء مدته أو بالفسخ وذلك على التفصيـــل التالــــــــي :

1 - انقضاء المـــدة :

بينا سابقا أن التأمين من العقود الزمنية ، ومن ثم فلابد أن تقترن بمدة زمنية ينتهي بانقضائها ؛ ولذلك فإن المدة تدرج في وثيقة التأمين ويجوز أن تكون المدة غير متواصلــــــة .

ولكن يوجد قيدين على حرية المتعاقدين في تحديد هذه المدة .

أ — اذا زادت المدة التي حدداها على خمس سنوات جاز لكل منهما أن ينهي العقد في غير عقد التأمين على الحيـــــاة .

ب — أما في التأمين على الحياة فمهما كانت المدة التي حددها الطرفان فانـــــه يجوز للمؤمن له أن يتحلل في أي وقت من العقد باخطار كتابي يرسله الـى المؤمن قبل انتهاء الفترة الجارية م 632 مدني جزائري .

واذا لم يحـدد المتعاقدان مدة العقد صراحة أو ضمنا لا يبطل العقد لهذا السبب ، ويفترض أن تكون المدة سنـة (236) .

ويجوز أن يتفق المتعاقدان على أن تكون مدة العقد غير محددة ويكون ذلك اذا كان المؤمن له شركة مدتها غير محددة ، ويتفق المتعاقدان على أن تكـون مدة عقد التأمين هي مدة بقاء الشركـة .

كما تكون المدة غير محددة أيضا في جمعيات التأمين المتبادلة فان المؤمن له يكون عضوا في هذه الجمعية ويبقى عقد التأمين مادام عضوا فيها .

2 — فسخ عقد التأميـن .

ويكون الفسخ في حالات متعددة .

أ — اذا ما استجدت ظروف تؤدى الى زيادة الخطـــر .

يستخلص من تطبيق القواعد العامة في التأمين ولما يقضي به الطـــــرف التأميني وفقا للشروط التي جرت العادة بادراجها في وثائق التأمين أنه اذا استجدت في أثناء سريان عقد التأمين وما يهدف اليه من استمرار تغطية الخطر ما أمكـن ذلك تقضي بافساح المجال للطرفين حتى يستبقيا العقد بعد زيادة قسط التأميـن على أن لا يخل ذلك بحق المؤمن في طلب فسخ العقد طبقا للقواعد العامـة

---

236 — د . عبد الرزاق السنهوري . الوسيط في شرح القانون المدني — الجزء السابع المجلد الثاني ص 1350 .

وحقه في استبقاء العقد دون زيادة في القسط اذا رغب في ذلك . ويترتب على فسخ العقد أن ينقضي ولكن دون أثر رجعي ، فعقد التأمين عقد زمني ، والمقصود الزمنية لا يكون لفسخها أثر رجعي فينقضي التزام المؤمن له بدفع الاقساط من وقت الفسخ ، ويجب على المؤمن أن يرد للمؤمن له ما تقاضاه مقدما من الاقساط عن مدة تكون تالية لوقت الفسخ اذ لا يتحمل المؤمن أية مسؤولية عن هذه المدة (287).

ب — اخلال المؤمن له بدفع القسط .

اذا امتنع المؤمن له عن دفع القسط أو تأخر في دفعه كان للمؤمن بعد اعذار المؤمن له ، أن يطلب قضاء اما الفسخ أو التنفيذ العيني .

واذا لم يختر المؤمن لا الفسخ ولا التنفيذ العيني بقي عقد التأمين مدفوعا الى أن يحل القسط الجديد .

جـ — هلاك الشيء المؤمن عليه (انفساخ العقد).

اذا هلك الشيء المؤمن عليه كانهدام المنزل المؤمن عليه من الحريق فان العقد ينفسخ ويكون للمؤمن الحق فيما استحق من الاقساط الى يوم انهدام المنزل ، أما ما لم يستحق من الاقساط الى ذلك اليوم فان ذمة المؤمن له تبرأ منه (288).

د — انتقال ملكية الشيء المؤمن عليه .

اذا انتقلت ملكية الشيء المؤمن عليه الى خلف عام فان حقوق السلف الناشئة عن عقد التأمين تنتقل اليه . وكذلك الالتزامات الناشئة عن العقد في حدود التركة .

---

(287) — د . غريب الجمال التأمين في الشريعة الاسلامية والقانون 1975 ص36،37 دار الفكر العربي .

(288) — د . غريب الجمال ، المرجع السابق ص39 .

أنظر المادة 633 مدني جزائري التي تنص على أنه " يكون المؤمن مسؤولا في التأمين من الحريق عن كافة الاضرار الناشئة عن حريق ، أو عن بداية حريق يمكن أن يصبح حريقا كاملا أو عن خطر حريق يمكن أن يتحقق .

ولا يقتصر النزاهة على الاضرار الناشئة مباشرة عن الحريق بل وأيضا الاضرار التي تكون نتيجة حتمية لذلك ، وبالاخص ما يلحق الاشياء المؤمن عليها من ضرر بسبب اتخاذ وسائل الانقاذ أو لمدع

أما اذا انتقلت الى الخلف الخاص فان التأمين يكون من مستلزمات الشيء الذى انتقلت ملكيتـه أو من مكملاته فينتقل حقوقا و التزامـات .
غير أنه يمكن لكل من المؤمن والذى انتقلت اليه الملكية أن يحتفظ بحق الفسخ .

هـ ـ حالة الافلاس :

و تفترض هذه الحالة وضعيـن :

الاول اذا أفلس المؤمن له أو صفيت أمواله قضاء قبل انقضاء مدة عقـد التأمين بقي التأمين قائما لصالح جماعة الدائنين . التي تصبح مدينة مباشـرة قبل المؤمن بمجموع الاقساط التي تستحق من يوم الحكم باشهار الافلاس أو التصفية القضائية ، ويحتفظ كل من الطرفين بحق انهاء العقد في خلال مدة معينـة .
و الثانـي اذا أفلس المؤمن فان عقد التأمين يقف سريانه من تاريـخ شهر الافلاس (أو التصفية القضائية) و تبرأ ذمة المؤمن له من الاقساط التالية (289).

ثانيا : انقضاء عقد التأمين البحـرى .

و عقد التأمين البحرى ينقضي وفقا لطبيعتـه باحدى طرق ثلاث :

1 ـ بانقضاء الدين المضمـون :

لما كان عقد التأمين البحرى من الحقوق العينية التبعية لذلك فهـو يدور وجودا و عدما مع الحق الذى أنشأ ضمانا له ، فهو ينقضي بالابراء والتقادم ، و التقاضـي ، والوفـاء . .)

تابع (288) ـ امتداد الحـريـق .
و يكون مسؤولا عن ضياع الاشياء المؤمن عليها أو اختفائها أثناء الحريق ما لم يثبت أن ذلك نتيجة سرقة كل هذا بالرغم من أى اتفاق مخالف . ".

و 289) ـ د . غريب الجمال المرجع السابق ص 39 .

2 — بهلاك السفينـــة .

ويؤدى هلاك السفينة أداة الملاحة البحرية الى انقضاء التأمينات التي أنشأت بضمانتها ، الا أنه يشترط لذلك أن يكون الهلاك كليا ، أما الهلاك الجزئي ، فلا يفضي الى انقضاء التأمين باعتبار أن التأمين المعقود على السفينة يشمل حطامها مالم يكن قد اتفق على خلاف ذلك .
(المادة 65 في القانون البحرى الســورى).

3 — بترقين التأميـن :

ينقضي التأمين عن طريق الترقين ويتم اما رضاء أو قضاء (290).

ثالثا : انقضاء عقد العمل البحـرى .

وينقضي عقد العمل البحرى بأحد الاسباب الآتيـــة .

1 — اذا كان العقد محدد المدة ينقضي بانتهاء مدته ، أما اذا كان قد ابرم علـــى أساس الرحلة فهو ينتهي بانتهاء الرحلـة .
2 — اذا كان العقد غير محدد المدة فيجوز لكل من الطرفين انهاءه مع مراعـــــاة المهلة القانونية للاخطـــــار .
3 — ينتهي العقد بعزل البحار ويكون للبحار الحق في التعويض اذا كان هذا العزل بغير مســوغ مشــروع .
4 — هلاك السفينة بالغرق أو الفقد أو المصادرة يؤدى أيضا الى انهاء عقد العمل البحـرى (291) .

---

(290) — د . هشام فرعون ، المرجع السابق ص64 ، 65 .

(291) — د . حبيب ابراهيم الخليل ، محاضرات القيت على طلبة الفصل الدراسي الثامن بكلية الحقوق بن عكنون ، 1978 / 1979 ص122 .

أنظر أيضا في هذا المعنى . روبي رود بيـر القانون البحرى الطبعة التاسعة 1932 ص195 ، 196 ، باريس .

وهكذا نخلص الى مايلي :

1 ـ أن انقضاء عقود الاذعان وان كانت تجمعها خصائص مشتركة وذات طبيعة قانونية خاصة تختلف عن بقية العقود الاخرى فانما ذلك مرجعه الى طريقة انعقاد العقد أو الى الشروط المدرجة فيه أما انقضاؤها فهو كسائر العقود المدنية ان كان العقد مدنيا ، وكسائر العقود التجارية ان كان العقد تجاريا .

2 ـ بما أن عقد الاذعان مركبا ، فان لكل عقد فيه تشريع خاص به وبالتالي يرجع الى تلك التشريعات الخاصة بكل عقد من العقود (فانقضاء عقد النقل ، والتأمين والعمل ، يرجع فيها الى القوانين المنظمة لها) .

3 ـ أن هذه العقود تتأثر كثيرا بطبيعة محل العقد فمنها ما ينفذ فورا ومنها ما هو عقد زمني .

المراجع باللغة العربيــــــة

ـ المؤلفــات :

د . عبد الرزاق أحمد السنهـوري باشا .

ـ الوسيط في شرح القانون المدني ـ الجزء الاول مصادر الالتزام . طبعة 1964 . دار النهضـة العربية القاهـــرة .

ـ الوسيط في شرح القانون المدني . الجزء الاول : مصادر الالتزام 1952 دار النشر للجامعـات المصريـة ـ القاهـــرة .

ـ مصادر الحق في الفقه الاسلامـي : الجزء الرابع الطبعة الثالثة 1967 معهد البحوث والدراسات العربية جامعة الدول العربية ـ القاهرة .

ـ الوسيط في شرح القانون المدنـي ـ الجزء السابع المجلد الثانـي .

ـ مصادر الحق في الفقه الاسلامـي . الجزء الثاني الطبعة الثالثة 1967 معهد البحوث والدراسات العربيـة ـ جامعة الدول العربية ـ القاهرة .

د . سليمـان محمد الطماوي . الاسس العامة للعقود الادارية (دراسة مقارنة) الطبعة الثالثة 1975 . دار الفكر العربي ـ مصر .

د . سليمـان مرقس . نظرية العقد طبعة 1956 .

د . عبد المنعم فرج الصدة . مصادر الالتزام دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري 1979 .

ـ نظرية العقد في قوانين البلاد العربية طبعة 1974 دار النهضة العربية ببيروت .

د . عبد الرحمان عياد . أساس الالتزام العقدي النظرية والتطبيقات ط 1972 .

د . أبو زيد رضوان . الوجيز في مبادىء الالتزام ط 1979 .

.../...

د . عبد المنعم البدراوي . النظرية العامة للالتزامات ،دراسة مقارنة في قانـــون الموجبات والعقود اللبناني والقانون المدني المصري ،طبعة ١٩٦٨، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ـ بيروت .

د . عبد الفتاح عبد الباقي . دروس في مصادر الالتزام ـ مكتبة نهضة مصر ـ القاهرة (بدون تاريخ).

د . محمد كامل مرسي ، العقود المسماة ،الجزء الاول ،الطبعة الثانية ١٩٧٨ . المطبعة العالمية ـ مصـــر .

د . عبد الحي حجازي ،رسالة تحت عنوان عقد المدة أو العقد المستمر والدوري التنفيـــذ ،طبعـــة ١٩٥٠ ،مصـــر .

د . بدر جاسم اليعقوب . أصول الالتزام في القانون المدني الكويتـــي ،الطبعـــة الاولى . ١٩٨١ مطابع دار القبس الكويت .

د . وحيد الدين سوار . التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي ،الطبعة الثانيـة ١٩٧٩ . الشركة الوطنية للنشر والتوزيع ـ الجزائر .

د . مصطفى كمال طه ،الوجيز في القانون التجاري ،منشأة المعارف بالاسكندريـة (بدون تاريخ).

د . هشام فرعـون ،القانون البحري ،طبـعة ١٩٧٥/١٩٧٦ ،مطبعة كرم ـ دمشق .

د . مطلق عوض حسن ،الوجيز في شرح قانون العمل الجزائري الجديد ،طبعـــة ١٩٧٥ ،دار الثقافة للطباعة والنشر ،القاهـرة .

د . الياس حداد القانون التجاري ،طبعة ١٩٨٠/١٩٨١ ،مطابع مؤسســـة الوحـــدة . دمشـــق .

د . محمود سمير الشرقاوي ، الخطر في التأمين البحري ،ط ١٩٦٦ ـ مصـــر .

د . فتحي الدريني ،الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف فـي استعمال الحق بين الشريعة والقانون . دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت . (بدون تاريخ).

.../...

د . حسين عامر . التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود الطبعة الاولى 1960 مطبعة مصر .

د . غريب الجمال . التأمين في الشريعة والقانون طبعة 1975 ـ دار الفكر العربي ـ القاهـــرة .

د . عبد العزيز فهمي هيكل . مقدمة في التأمين طبعة 1963 دار النهضة العربية للطباعة والنشر ـ بيروت لبنـان .

د . عبد العزيز محمد سرحان . قواعد القانون الدولي العام وأحكام والمحاكم وما جرى عليه العمل في مصر طبعة 1973 ـ القاهـــرة .

المطبوعـــــات .

د . جلال مصطفى القريشي . مطبوعة للقل السداسي الثامن 1979/1980 . القيت على الطبة كلية الحقوق ـ الجزائـــر .

د . محمد حسنيـن . الوجيز في نظرية الالتزام (مصادر الالتزامات وأحكامها) في القانون المدني الجزائري . طلبة السنة الثانية 1981/1982 . معهد الحقوق بالجزائـــر .

د . حبيب ابراهيم الخليلي محاضرات القيت على طلبة الفصل الدراسي الثامن بكلية الحقوق بن عكنون 1978/1979 .

النصوص التشريعيــــة :

ـ الامر رقم 75 ـ 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدنـي ـ الجزائري .

ـ الامر رقم 66ـ154 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الاجراءات المدنيـة الجزائـــري .

.../...

- الامر رقم 76 - 80 المؤرخ في 29 شوال عام 1396 الموافق 23 أكتوبر 1976 المتضمن القانون البحري، الجريدة الرسمية رقم 29 بتاريخ 10 أفريل 1977.
- القانون رقم 80 - 70 المؤرخ في 23 رمضان عام 1400 الموافق 9 غشت 1980 المتعلق بالتأمينات، الجريدة الرسمية رقم 1980/88.
- الامر رقم 73 - 14 المؤرخ في 29 صفر عام 1393 الموافق 3 أبريل 1973 المتعلق بحق المؤلف: الصادر بالجريدة الرسمية العدد 1973/29 بتاريخ 10 أفريل 1973.
- الامر رقم 67 - 90 المؤرخ في 9 ربيع الاول عام 1387 الموافق 17 يونيو 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية.
- القانون رقم 81 - 07 المؤرخ في 24 شعبان عام 1401 الموافق 27 يونيو 1981. المتعلق بالتمهين الجريدة الرسمية العدد 26 / 1981 بتاريخ 30 يونيو 1981.
- الامر رقم 75 - 59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري الجزائري.
- الامر رقم 12/73 المؤرخ في أغسطس 1973م المتضمن القانون الاساسي العام للعامل.
- مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الجديد، الجزء الثاني.

الاحكام القضائيــــة.

- مجموعة الاحكام القضائية الصادرة عن وزارة العدل الجزائريــــة.
- أحمد سمير أبو شادى. مجموعة المبادىء القانونية التي قررتها محكمة النقض
- الدائرة المدنية و دائرة الاحوال الشخصية و الدائرة الجنائية، المؤسسة المصريــة العامة للتأليف و النشر - دار الكاتب العربي للطباعة و النشر.
- المحاماة، الصادرة عن نقابة المحامين، مطبعة حجازى بالقاهــرة.
- مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية من يناير 1956 الى آخر ديسمبر 1960. تحت عنوان (اذعان).

المراجع باللغة الفرنسية:

- Alex Weill. et F. Terré. Droit civil. les obligations 2ème Edition 1975. (DALLOZ).

- Alex Weill. Droit civil, les biens T. 2. 1971.

- Christian Palloix. L'Economie mondiale capitaliste et les firmes multinationales. Edition François Maspero. Paris 1971. T. 2. sous la direction de Charle Bettelheim, avec la collaboration de Jaques Charrière.

- [illegible], à propos des clauses pénales dans les contrats de leasing. R.T.D.C. 1971 -[illegible].

- Encyclopédie Dalloz. Civ. T.2. sous titre (contrat et convention). Supra.42.

- [illegible] Organisation administrative et économique de l'Algérie. Tome [illegible] S.N.E.D. 1973.

- G. Ripert. - Droit maritime. 1952.

  " " - Traité élémentaire de droit commercial. 1948.

- G. Berlioz. le contrat d'adhesion. Thèse paris 1973.
  librairie générale de droit et de jurisprudence.et 2ème Edition 197[illegible].

- H. Bartoli, Science Economique et Travail, Travaux de l'université de grenoble. 1975.

- Jacques Léauté. les contrats types. R.T.D.C. 1953.
  R.T.D.Civ.1943.

- J. Ghestin. Traité de droit civil. les obligations - le contrat Edition 19[illegible]

.../...

- M. Hemard. R.T.D. Com 1958-116

- M. Sobhi Mahmassani. le dirigisme économique et les contrats.

  Etude de droit comparé - France, Egypte - U.R.S.S.

  Paris 1967. Librairie générale de droit et de jurisprudence.

- M. Despax : traite de droit de travail (conventions collectives) 1966

- P. durant, la contrainte légale dans la formation des rapport contractuel.
  R.T.D.C. 1944. 243.

- Picard et Besson Traité des Assurances T.1. (contrat d'assurance) 1964.

فهرس المشتملات البحث

صفحة